OPERE
DI POTHIER
XI.

TRATTATO
DELLE
OBBLIGAZIONI.

TRATTATO
DELLE
OBBLIGAZIONI

SECONDO LE REGOLE TANTO DEL FORO
DELLA COSCIENZA
QUANTO DEL FORO ESTERIORE

DEL SIG. POTHIER.

EDIZIONE

In cui sonosi indicati i cambiamenti fatti dal Codice civile

DAL SIG. BERNARDI

ex-legislatore, capo della divisione civile al ministero del Gran Giudice.

VOLUME III.

MILANO
Dalla Tipografia di FRANCESCO SONZOGNO DI GIO. BATT.
Stampatore e Librajo, *Corsìa de' Servi*, N. 596.
1809.

TRATTATO
DELLE
OBBLIGAZIONI.

PARTE TERZA.

Dei modi con cui si estinguono le obbligazioni, e delle diverse eccezioni perentorie o prescrizioni contro i crediti.

457. Le obbligazioni possono estinguersi in diversi modi, o col reale pagamento, o col deposito: o colla compensa, o colla confusione, o colla novazione, o colla remissione, o colla perdita della cosa dovuta.

Quelle che sono state contratte sotto qualche condizione resolutiva s'estinguono colla verificazione di questa condizione; ed altre per la morte del debitore o del creditore.

(Il Codice civile a questi modi di estinguere le obbligazioni aggiunge la nullità o rescissione, e la prescrizione, art. 1234.).

Noi tratteremo questi differenti modi in sette capi separati. Ne aggiungeremo un ottavo dove si tratterà delle eccezioni perentorie, e delle prescrizioni contro i crediti.

CAPO PRIMO.

Del pagamento reale e del deposito.

Il pagamento reale è il reale adempimento di ciò che si è obbligato di dare o di fare.

Allorchè l'obbligazione è di fare qualche cosa, il pagamento reale di questa obbligazione consiste nel fare la cosa che si è obbligato di fare.

Quando l'obbligazione è di dare qualche cosa, il pagamento sta nella consegna e traslazione della proprietà di questa cosa.

E' evidente che chi ha soddisfatto alla sua obbligazione ne è disimpegnato e libero: d'onde avviene che il pagamento reale, il quale non è altro che l'adempimento della obbligazione, è il modo più naturale con cui si possono estinguere le obbligazioni.

Noi vedremo nei due primi articoli di questo capo da chi debba farsi il pagamento ed a chi: nel terzo, qual cosa deve pagarsi, come, e in quale stato; nel quarto e nel quinto, quando, dove, e a spese di chi deve farsi il pagamento. Tratteremo nel sesto dell' effetto dei pagamenti. Il settimo conterrà le regole per le imputazioni. Parleremo finalmente nell' ottavo del deposito e delle offerte di pagamento,

ARTICOLO PRIMO.

Da chi dev' essere fatto il pagamento.

459. Quando l' obbligazione è di dare qualche cosa, consistendo, come dicemmo, il pagamento nella consegna o traslazione della proprietà della cosa, ne segue che il pagamanto per essere valido fa duopo che sia stato fatto da una persona capace di trasferire la proprietà della cosa pagata.

Da ciò si deduce, che non è valido il pagamento quando non è fatto dal proprietario della cosa che fu pagata, oppure senza il suo consenso; altrimenti chi paga non

può trasferire nel creditore, a cui paga, la proprietà della cosa: *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*; leg. 54, ff. *de reg. juris.*

Secondo questo principio, sebbene il debito del defunto fosse di una cosa determinata, se uno degli eredi di lui paghi questa cosa senza il consenso de' suoi coeredi, non la paga validamente che per la sua parte, non essendo egli, giusta la sottigliezza del diritto romano, proprietario delle altre parti spettanti a' suoi coeredi, ma è valido in quanto all'effetto un tal pagamento, ammeno che la cosa non fosse dovuta sotto l'alternativa di un' altra cosa, o colla facoltà di pagarne un' altra in sua vece: in caso diverso i coeredi sono obbligati a ratificarne il pagamento; che se non era già fatto sarebbero tenuti essi stessi di eseguirla: *quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi*; l. 9, ff. *de neg. gest.* Molin. *Tract. de Divid. et ind., part.* 2, *n.* 166 *e* 167.

Se il debito non consisteva *in dando*, ma nella semplice restituzione di una cosa, di cui il defunto non aveva che una nuda detenzione, *puta* che gliela si fosse imprestata

o depositata, la restituzione, che ne farebbe uno degli eredi presso cui si trovasse la cosa, sarebbe valida *ipso jure* anche senza il consenso degli altri coeredi. Imperocchè non avendo i coeredi alcun diritto su questa cosa, nè interesse alcuno per impedirle la restituzione il loro consenso è affatto superfluo; *Molin. ibid.*

460. In quella guisa che non è valido il pagamento quando colui che ha pagato una cosa non ne era il proprietario, invalido lo è del pari, se egli, quantunque proprietario, trovavasi per qualche difetto personale incapace di alienarlo (*Cod. civ. art.* 1238.).

Per questo motivo non è valido il pagamento allorchè si fa da una donna costituita sotto la podestà del marito, e senza esservi autorizzata, da un minore, sotto la podestà del tutore, e da un interdetto; *l.* 14. §. *fin. ff. de solut.*

461. Allorchè il pagamento fatto da una persona, che non ne era proprietaria, o era incapace di alienare, consiste in una somma di denaro o in altra cosa che si consuma, la consumazione fattane in buona fede dal creditore ne convalida l'eseguito pagamento.

d. §. (*Cod. civ. ibid.*). La ragione consiste in ciò, che la consumazione fatta in buona fede della somma di danaro o di simile altra cosa, che a lui venne pagata, equivale alla traslazione della proprietà di questa cosa. In fatti la traslazione di proprietà non avrebbe dato al creditore niente di più: egli ha usato di questa cosa, e l'ha consumata, come lo avrebbe fatto se gliene fosse stata trasmessa la proprietà: egli non è più soggetto alla ripetizione della somma di denaro o di altra cosa che ha consunta in buona fede, come ne fosse divenuto il vero proprietario; poichè questa cosa che cessò di esistere presso di se senza sua colpa, non può più essere contro di lui rivendicata, non potendo aver luogo la rivendicazione che contro il possessore, o contro chi cessò di maliziosamente possedere.

462. Sebben valido non sia il pagamento della cosa, la cui proprietà non è stata trasferita nel creditore, non è questi tuttavia ammesso a domandare al suo debitore quanto gli deve, fino a che ritiene in sua mano la cosa; fa d'uopo che la cosa gli sia stata evinta, oppure ch' egli offra di restituirla al debitore; *l.* 94, *ff. de solut.*

463. Perchè il pagamento sia valido, non è necessario, che si faccia dal debitore o da qualcun altro incombenzato da lui; qualunque sia la persona che paga, quand'anche non avesse alcun ordine del debitore, quand'anche pagasse a dispetto di questo, purchè lo faccia a nome e a scarico del debitore, e sia abile a trasferire la proprietà di ciò che paga, il pagamento è valido, produce l' estinzione della obbligazione, e ne libera il debitore anche suo malgrado: ciò è pur quello che decide Cajo nella legge 55, *ff. de solut. Solvere pro invito et ignorante cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.* La legge 23 contiene la stessa decisione. La legge 40, ff. *d. tit.*, e la legge 39, ff. *de neg. gest.* decidono lo stesso. (A questo proposito il Codice civile dice, che l'obbligazione può essere estinta da qualunque persona che vi abbia interesse, come da un coobbligato o da un fidejussore. L'obbligazione può anche estinguersi da un terzo che non vi abbia interesse, purchè questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, o se, agendo in nome

proprio, non sia surrogato nei diritti del creditore, art. 1236.) Quand' avvi surrogazione, non è più un pagamento, ma una traslazione di una obbligazione.

Non sarebbe valido il pagamento qualora non fosse fatto in nome del vero debitore: così se qualcuno mi paga in suo proprio nome una somma credendo esserne il debitore, sebbene siami dovuta da un altro, e nulla da lui, un tal pagamento non estingue già l'obbligazione del vero debitore, ed io son tenuto a restituire la somma a colui che me la pagò per errore. (*Codice civile articolo* 1235.)

La sottigliezza del diritto ammetteva questa stessa decisione anche nel caso che voi mi aveste pagato una somma da voi non dovuta, coi denari e per ordine di chi me la dovesse veramente. Ma se dal mio vero debitore io domandassi il pagamento di questa somma, egli potrebbe difendersi, chiamando voi in causa e facendo in vostro concorso pronunciare che la somma statami da voi male a proposito pagata in vostro nome co' suoi denari rimarrebbe presso di me in pagamento di quanto mi

deve, e per conseguenza che sarebbe libero ed esonerato dalla mia dimanda. Ma se foste voi che daste contro di me la istanza per la ripetizione di questa somma come a me indebitamente pagata, io potrei essere assolto dalla vostra domanda facendo intervenire il mio debitore il quale insterebbe che questa somma, essendovi stata da lui fornita perchè me la pagaste in suo nome, dovesse restare in mio potere per liberarsi dal mio credito.

Sebbene sia invalido il pagamento di una somma od altra cosa a me dovuta, quando chi non ne era dibitore me la pagò in suo proprio nome, non pertanto se in progresso di tempo ne è divenuto egli medesimo debitore, il pagamento si è con ciò convalidato, quando ciò non avvenga *ipso jure*, o almeno *per exceptionem doli*; *l.* 25, *ff. de solut.*

464. Il principio da noi stabilito che il pagamento è valido da chiunque siasi fatto purchè lo sia in nome del debitore, non soffre alcuna difficoltà allorquando è stato effettivamente eseguito, e piacque al creditore di riceverlo. Maggior difficoltà di quella si riscontra nella questione: se un estraneo

che non ha nè qualità a trattare gli affari del debitore, nè alcun interesse alla liberazione del debito, possa obbligare il creditore ad accettare il pagamento che gli viene offerto in nome del suo debitore. Le succitate leggi lasciano indecisa la presente questione: bensì dicono esse, il pagamento fatto da chicchessia in nome del debitore è atto a disobbligare il medesimo; ma non decidono se possa essere obbligato il creditore a ricevere il pagamento o rifiutarlo: una tale soluzione fa d'uopo ricercarla nella legge 72, §. 2, ff. *de solut.* Essa decide che le offerte fatte al creditore da qualsivoglia persona, in nome e all'insaputa del debitore, di ricevere il pagamento del suo debito, costituiscono il creditore in mora. Anche l'ordinanza del 1673, tit. 5, art. 3, prescrive che le lettere di cambio in caso di protesta possono essere pagate da chicchessia. Da questi testi si desume la regola che le offerte di ricevere il pagamento di ciò che è dovuto, fatte da qualsiasi persona al creditore in nome del debitore, sono valide ed atte a costituire in mora il creditore, allorchè questo pagamento interessa il debitore, come

quando le offerte sono fatte per arrestare le istanze già iniziate dal creditore, o quando son fatte per togliere il corso agl'interessi, o per estinguere le ipoteche. Ma se l'offerto pagamento non portasse alcun vantaggio al debitore, e non avesse altro oggetto che di fargli mutar creditore, allora simili offerte non deggiono valutarsi per verun conto. Vedete *Molin. Tract. de usur. q.* 45.

La massima che il pagamento a favor del debitore può farsi da qualsiasi persona è vera rispetto alle obbligazioni di dare, e la ragione si è che nulla importa al creditore la persona che gli paga la cosa a lui dovuta, ma sibbene l'effettivo pagamento della cosa stessa.

La nostra regola però non ha sempre luogo riguardo alle obbligazioni di far qualche cosa. Ella ha luogo, quando il fatto che forma l'oggetto dell'obbligazione è di tale natura, che nulla importa al creditore che la cosa sia fatta da qualunque altra persona, p. e. se io ho contrattato con un vignajuolo perchè mi lavori un jugero avvignato, qualunque altro vignajuolo che lo lavori in sua vece, potrà liberarne il mio debitore.

Non è così delle obbligazioni che consistono in que' fatti ove si ha di mira l'abilità e il talento personale dell' operajo che contrasse l'obbligazione: questa obbligazione non può essere adempiuta che dallo stesso debitore; L. 31., ff. *de solut.* Per esempio se io ho contrattato con un pittore per dipingermi una soffitta, non può liberarsi dalla sua obbligazione facendomela dipingere da un altro pittore; a meno che io non v'acconsenta. (*Cod. civ. art.* 1237).

Articolo II.

A chi deve farsi il pagamento.

465. Il pagamento per esser valido deve esser fatto al creditore, od a chiunque abbia da lui la facoltà o qualità per riceverlo. (*Cod. civ. art.* 1239).

§. I.

Del pagamento fatto al creditore.

466. Per creditore noi intendiamo non solamente la persona medesima con cui il debi-

debitore ha contrattato ma anche gli eredi e tutti quelli che succedettero, sebbene a titolo particolare, al suo credito.

Allorchè il creditore morendo lasciò più eredi, ciascun erede non diventando creditore che per quella porzione che ereditò, non si può validamente pagare che la quota del credito a lui spettante, eccettochè non abbia la facoltà da' suoi coeredi di riceverne la totalità.

Quegli, a cui per qualunque titolo, sia di vendita, di donazione o di legato, è stato ceduto dal creditore il suo credito, ne diventa il creditore col fare l'intimazione del di lui titolo di cessione al debitore, o colla volontaria accettazione della cessione fatta dal debitore medesimo; valido per conseguenza è il pagamento che gli si fa.

Per lo contrario con questa intimazione, che il cessionario fa verso del debitore, o colla accettazione della cessione, l'antico creditore cessa allora di essere tale, e più valido non sarebbe il pagamento che si fosse fatto dappoi a lui medesimo.

Parimenti allorquando un debitore sequestratario è stato con una sentenza condan-

nato a pagare quanto egli doveva al sequestrante, ed è stato quindi il sequestro dichiarato col consenso del creditore del sequestratario, per questa sentenza il sequestrante succede nei diritti del creditore del sequestratario, ed è valido il pagamento che vien fatto al sequestrante dal sequestratario.

467. Alcuna volta si reputa creditore anche quello, che si ha un giusto motivo di crederlo tale, sebbene sia desso tutt' altra persona che il vero creditore: in questo caso il pagamento fatto al supposto creditore è valido come se fosse stato fatto al vero creditore. (*Cod. civ. art.* 1240.)

Voi siete per esempio possessore di un fondo aggravato di servitù per qualche feudo o censo senza esserne il padrone: il pagamento de' canoni ed interessi arretrati sì feudali che censuali fatto a voi, mentre ne avete il possesso, sorte il suo pieno effetto, sebbene voi per non averne la proprietà non ne siate propriamente il creditore. Questo pagamento è talmente valido, ed atto a liberare coloro che ve lo hanno fatto, che qualora vi comparisse il vero

proprietario, e si fosse fatto restituire il fondo, egli non avrebbe più la facoltà di chiedere i suddetti arretrati da quelli che li hanno già sborsati a voi, quantunque fosse il vero creditore di questi diritti signorili. La ragione si è, che ogni possessore essendo riputato e presunto proprietario della cosa che possiede fino a che non appaja il vero proprietario, cotesti debitori, veggendovi in possesso della signoria, ebbero motivo di credervi il vero proprietario, e conseguentemente il creditore de' diritti che vi pagarono. La loro buona fede deve convalidare il pagamento da loro fatto, e la colpa s' imputi al vero proprietario di non essersi fatto conoscere dapprima. (Riesce inutile di qui rammemorare che non esistonvi più diritti feudali.)

Per la stessa ragione sono validi i pagamenti fatti dai debitori di una successione a chi possiede in buona fede e legittimamente la successione; sebbene la medesima non gli appartenesse, salvo però al vero erede, allorchè comparirà, di farsi render ragione dal possessore della successione di ciò che ha ricevuto.

A maggior ragione sono validi i pagamenti fatti ad un erede beneficiario dai debitori della successione, quantunque sia in seguito questo erede escluso dalla successione mediante un parente che si presenta erede puro e semplice. Imperocchè se egli non era erede per mezzo di questa esclusione, era almeno l'amministratore della eredità, e ciò attribuiva a lui una sufficiente qualità per ricevere. (Il diritto che altre volte aveva un parente di escludere l'erede beneficiario costituendosi erede puro e semplice non è più menzionato nel Codice civile, e non esisteva d'altronde da per tutto.)

A più forte ragione ancora non lascia di essere valido il pagamento fatto ad un erede, che dopo la sua accettazione si fece poscia restituire in intiero.

468. Perchè il pagamento fatto alla persona del creditore, o a coloro che succedettero nei di lui diritti sia valido, è mestieri che la persona sia capace di amministrare i suoi beni.

E' appunto per ciò che non sarebbe valido il pagamento fatto al creditore, il quale

fosse per esempio un minore, un interdetto, o una donna sotto la podestà del marito, e invano il debitore ne otterrebbe la sua liberazione.

Nulladimeno se un tale creditore, ed in sua vece il proprio tutore o curatore domandasse, sotto pretesto della nullità del pagamento, di essere nuovamente pagato, e il debitore potesse giustificare che il creditore ha approfittato della somma a lui pagata, e un tale profitto sussistesse per anco al tempo della domanda, *puta*, se i suoi debiti sono stati pagati, se sono stati riparati i suoi edificj, il creditore non dovrebbe essere sentito nella sua domanda, come contraria alla buona fede, la quale non permette che alcuno approfitti e s'arricchisca a spese altrui: *Neminem aequum est cum alterius damno locupletari.* (*Cod. civ. art.* 1241.)

Si osservi di più, che se la somma è stata impiegata nell' acquisto di una cosa che gli era necessaria, sebbene questa sia poi per caso fortuito perita prima della domanda, non manca però egli d'essere creduto avere al tempo della sua domanda approfit-

tato di questa cosa. Imperocchè supposto essere la cosa a lui necessaria, se per acquistarla non avesse egli impiegato la somma statagli pagata, gli sarebbe abbisognato di aver dovuto impiegare altre somme, che per questo mezzo ha conservato: *Hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est*; leg. 47, §. 1. ff. *de solut.*

Se la somma è stata impiegata nell'acquistare delle cose, che non erano di necessità, sarà ammesso nella sua domanda il minore, l'interdetto ec., qualora le medesime non fossero più esistenti: E potrà pure la loro domanda essere ammessa quando, offrendo di cederle al debitore, sussistano ancora le medesime cose; *d. L.* 47, *princ. leg.* 4, *ff. de except.*

469. Il pagamento che il debitore fa al suo creditore a pregiudizio di un sequestro fatto nelle sue mani dai creditori del suo creditore, è bensì valido rispetto al suo creditore, ma non vale rispetto ai creditori sequestranti, che possono costringere questo debitore a pagare una seconda volta; quando venga giudicato che validi sieno li sequestri; salvo al medesimo di ricorrere

contro il suo creditore, il quale fu da lui pagato in pregiudizio del sequestro.

Del resto i debitori possono validamente pagare una persona, contro cui sia stato decretato l'arresto personale, sino a che non abbiano essi de' sequestri nelle loro mani; *leg.* 46, §. 6, *ff. de jur. fisc.*; *leg.* 41, *ff. de solut.*

§. II.

Di quelli che hanno dal creditore la facoltà di ricevere.

470. Il pagamento fatto a coloro, che hanno dal debitore la facoltà di ricevere per lui, si reputa fatto al creditore medesimo, ed è per conseguenza valido, come se fosse fatto al creditore. Ciò è quanto viene indicato dalla legge 180, ff. *de reg. jur. Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset.* (*Cod. civ. art.* 1239.)

471. Da questa regola emerge 1.°, che nulla importa qualunque siasi la persona, a cui il creditore ha concesso la facoltà; fosse

egli un minore, fosse egli pure una persona priva del godimento de' diritti civili, il pagamento non lascia d' esser valido. La ragione sta in ciò, che ritenendosi il pagamento fatto a chi ne diede il creditore la facoltà, si deve considerare esser fatto alla stessa sua persona, e non a quella, cui volle autorizzare; imputi a se medesimo l' aver trascelto siffatta persona: *L.* 4, *cod. de solut.*

472. Si deduce in 2.° luogo da questa regola, che si può validamente pagare non solo a colui, che ne ha la facoltà dal creditore medesimo, ma anche a quegli, cui fu data la facoltà da una persona, la quale era rivestita di una qualità, che l' abilitava a ricevere pel creditore. Per esempio se il creditore è un minore o una donna maritata, il pagamento fatto a quegli che fu dal tutore o dal marito autorizzato a riceverlo è valido; leg. 96, ff. *de solut.*

473. Ne viene in 3.° luogo, che il pagamento eseguito nelle mani di colui che ha la facoltà dal creditore non è maggiormente valido di quanto avrebbe potuto esserlo, se si fosse validamente fatto al cre-

ditore medesimo. Imperciocchè se il creditore è un minore o un interdetto, il pagamento fatto a colui al quale diede il minore o l'interdetto la facoltà di riceverlo non è più valido di quello fosse stato fatto al minore o all' interdetto.

474. Il pagamento fatto a colui, cui si è data la facoltà di ricevere, non è valido finchè questa facoltà dura in lui anche al tempo del suo pagamento.

Per questo se un creditore diede a qualcheduno la facoltà di ricevere ciò che gli era dovuto, durante un certo termine, o durante il tempo di sua assenza, il pagamento fatto a questa persona dopo la scadenza del termine, o dopo il ritorno del creditore, non sarà più valido, perchè più non sussisteva la facoltà.

Parimenti se il creditore ha rivocato il mandato che aveva concesso, il pagamento fatto dopo la revoca non è più valido: ma perchè ciò sia, d'uopo è che il debitore il quale pagò dopo la revoca, abbia avuto conoscenza della revocazione, oppure che sia a lui stata notificata in modo da poterne avere una sufficiente notizia; altri-

menti il pagamento sarà valido, sebben fatto dopo la rivocazione; leg. 12, §. 2; leg. 34, §. 3; leg. 51, ff. *de solut.* (*Cod. civ. art.* 2005.)

La ragione si è che l'errore del debitore che paga dopo la rivocazione del mandato deriva piuttosto da mancanza del creditore, il quale doveva avvertire il debitore intorno alla rivocazione, che da quella del debitore, il quale veggendosi un mandato per ricevere. e non ne potendo indovinare la revoca ebbe un giusto motivo di pagare nelle mani della persona che aveva la procura. Avvi un'altra ragione, che dice non esser giusto, che il debitore abbia a soffrire per quest' errore, e possa essere costretto a pagar due volte; il solo creditore che ne ha colpa deve averne il discapito.

Questo caso però è molto differente da quello, in cui il debitore avesse pagato dietro un falso mandato del creditore; poichè non v'ha in tal caso nessuna colpa per parte del creditore, ed è tutto dalla parte del debitore, che doveva informarsi sufficientemente della verità del mandato. Per ciò un tal pagamento non libera il debitore ed è nullo; leg. 34, §. 4, ff. *de solut.*

475. Questa facoltà spira eziandio per la morte del creditore che l'ha data, o per la sua mutazione di stato; *puta*, pel matrimonio quando fosse una donna. Laonde non è valido il pagamento fatto a colui che ne aveva la facoltà, se si effettua dopo la morte del creditore che la diede: leg. 108; ff. *de solut.*, ovvero dopo la mutazione di stato; *argum.* L. 50, §. 1.

Ma se la morte e la mutazione di stato non erano conosciute all'epoca del pagamento, la buona fede del debitore sarebbe atta a convalidare il pagamento; leg. 32, ff. *d. tit.*

476. Il mandato rilasciato da chi aveva la qualità di ricevere per il creditore cessa allorchè cessa la sua qualità. Se il tutore per esempio ha dato a qualcuno la facoltà di ricevere dai debitori del suo minore, dopo la tutela non si potrebbe più pagare a questo mandatario; giacchè, non esistendo più la qualità del mandante, non si potrebbe pagare nemmeno a lui medesimo. Ciò è pure una conseguenza della legge 180, ff. *de reg. juris.*

477. Ci resta di far osservare che nulla

importa, perchè sia valido il pagamento fatto a chi ne ha il mandato, che tale mandato sia speciale ovvero semplicemente generale *omnium negotiorum*; leg. 12, *de solut.*

Il titolo esecutorio che, per parte del creditore, l'usciere va ad intimare onde metterlo ad esecuzione, si ritiene equivalente ad un mandato di ricevere il credito contenuto nel titolo; e la quitanza che rilascia al debitore è pur valida come se fatta fosse dal creditore medesimo.

E' ben diverso rapporto ad un procuratore *ad lites*, cui ho data procura perchè faccia citare il mio debitore; questa procura non si ritiene che possa contenere anche la facoltà di ricevere il credito; leg. 86, ff. *de solut.*

Si fa qui una celebre questione, se il mandato che si è dato ad alcuno di contrattare per noi, come di vendere od affittare qualche cosa, racchiuda anche quello di ricevere per noi il prezzo della vendita o dell'affitto. Bartolo si è attenuto all'affermativa, ed è seguito da Fachineo II, controv. 94. Io trovo più plausibile l'opi-

nione di Wissembach, *ad tit. ff. de solut. n.* 14, il quale pensa che la procura di vendere non racchiuda quella di riscuoterne il prezzo, ammenochè non sianvi circostanze che diano luogo a presumerlo. La legge 1.ma, §. 12, ff. *de exerc., act.* sembrami decisiva per questa opinione. Ivi dicesi che chi non è preposto sopra una nave che per patteggiare coi passaggeri il nolo del loro passaggio, non ha facoltà di riceverne il prezzo. Non si può dire più formalmente che la procura di vendere o di locare non inchiude quella di riceverne il prezzo.

Del resto possono talvolta rinvenirsi delle circostanze in cui quegli che ha la facoltà di vendere è presunto avere ancora quella di riceverne il prezzo. Se, p. e., in una città vi fossero di que' pubblici rivenditori che hanno per costume di portare nelle case quelle cose che si vogliono vendere, e di riceverne insieme il prezzo dai compratori, rimettendo io ad una di queste persone una cosa perchè me l'alienassero, si reputa in allora che io le abbia pur conferita la facoltà di ricevere il prezzo della medesima.

§. III.

Di quelli che hanno dalla legge la qualità per ricevere.

478. Il pagamento fatto a coloro, cui la legge dà invece del creditore la qualità di ricevere, è valido. (*Cod. civ.*, *art.* 1239).

La legge attribuisce questa qualità ai tutori per ricevere ciò che è dovuto ai loro minori; ai curatori degl' interdetti per ciò che è dovuto a questi interdetti; ai mariti per ciò che si deve alle loro mogli non separate di beni; ed ai ricevitori degli spedali, delle fabbriche ec. per quello che è dovuto ai detti spedali ec.

Hanno siffatte persone la qualità di ricevere non solamente le rendite de' beni di coloro la cui amministrazione è loro affidata, ma aziandio i capitali delle loro rendite quando i debitori stimano a proposito di restituirli senza esservi d' uopo per quest' oggetto l' intervento dell' autorizzazione del giudice; e i debitori, che pagarono fra le mani di simili persone, sono perfettamente

liberati, e non hanno a temére alcuna molestia, quand'anche queste persone cui hanno pagato diventassero insolvibili. La legge 25, Cod. *de adm. tut.*, che esigeva il decreto giudiziale per mettere in salvo il debitore nel caso dell' insolvibilità del tutore che ricevè il pagamento, non è più tra noi seguita.

479. La sola ragione della prossimità non è, comunque ristretta ella sia colla persona del creditore, una bastante qualità per ricevere ciò che è a questi dovuto.

Onde nè il padre ha qualità per ricevere quanto è dovuto a suo figlio non più soggetto alla sua podestà, nè il figlio per ricevere quello ch' è dovuto a suo padre; nè il marito per ciò che si deve a sua moglie da lui separata, nè ancor meno la moglie per ciò che è dovuto al di lei marito. L. 22 ff. *hoc tit.* L. 11, Cod. *hoc tit.*

§. IV.

Di quelli che hanno dalla convenzione la qualità per ricevere.

480. V'ha talvolta nel contratto, per mezzo del quale uno si obbliga di pagare qualche cosa ad un altro, una terza designata persona nelle cui mani si conviene che potrà farsi il pagamento, come se fosse fatto nelle mani proprie del creditore. Una tale persona ha per la stessa convenzione la qualità di ricevere pel creditore; ed è valido per conseguenza il pagamento fattogli come se fosse fatto al creditore medesimo. Siffatte terze persone, presso cui stante la convenzione potrà il debitore pagare, sono quelle che vengono chiamate dai giureconsulti romani, *adjecti solutionis gratia.*

Questi terzi che vengono destinati a ricevere dal debitore il pagamento, sono il più delle volte creditori del creditore che li destina. Per esempio voi mi vendete un fondo pel prezzo di dieci mila lire, e si conviene nel contratto che io pagherò in vostro

vostro sconto questa somma ad un terzo cui siete debitore dell' egual somma.

Qualche volta quello a cui v' impongo di pagare la somma che mi dovete, è pure una terza persona che non è mio creditore mà che per me riceverà questa somma qual mia mandataria, ovvero qual mia donataria, qualora io abbia avuto l' intenzione di donargliela. Ecco propriamente gli *adjecti solutionis gratia* di cui parlano le leggi romane.

481. Ad un terzo si può designar di pagare non solo le cose stesse che il debitore si obbliga di dare al suo creditore, ma talvolta anche una cosa diversa; come se io vi affittassi l' uso di pascolare i vostri majali ne' miei boschi mediante la somma di trenta lire da pagarsi al mio domicilio, oppure un porco del peso di tante libbre al mio vignajuolo di quel tal luogo. In questo caso il pagamento del porco fatto al mio vignajuolo vi libera verso di me dalle trenta lire che mi dovevate. L. 34, §. 2, ff. *de solut.* L. 141, §. 5, ff. *de verb. obblig.*

482. La somma che vien determinata nel

contratto di pagare ad un terzo può esser minore di quella che per il contratto è tenuto il debitore di pagare al creditore.

Di qui sorge la quistione agitata nella legge 98, §. 1, ff. *de solut.*, vale a dire se in tal caso il pagamento di questa sómma minore eseguito nelle mani del terzo libera intieramente il debitore verso il creditore, o soltanto fino alla concorrenza di questa somma. Sopra simile questione rintracciar devesi, giusta le circostanze, quale fu l' intenzione delle parti; ma se non ne appaja evidentemente il contrario, la presunzione sta che le parti ebbero intenzione che il pagamento della somma minore fatto alla persona determinata libererebbe il debitore sino alla concorrenza soltanto di questa somma.

483. L' indicazione stabilita per mezzo del contratto di una terza persona a cui potrà pagarsi, puossi determinare anche per un luogo o per un tempo diverso da quello al quale la cosa è pagabile pel creditore medesimo.

Io posso, p. e., convenire che voi pagherete a me una tal somma nel mio do-

micilio ad Orleans, o al mio banchiere in Parigi: egualmente posso stipulare che pagherete una tal somma o a me stesso al tempo di una tal fiera, oppure ad un tale dopo trascorsa la detta fiera. *Vice versa* posso convenire che pagherete una tal somma od a me al tempo di tale fiera, o ad un tale prima che pervenga la detta fiera; L. 98, §. 4 e 6, ff. *de solut.*; L. 141, § 6, ff. *de verb. oblig.*

484. L' indicazione si può ancora farla dipendere da una condizione, sebbene l'obbligazione sia pura e semplice; ma se l' obbligazione dipendeva essa stessa da una condizione, la indicazione quand' anche fosse stata fatta puramente e semplicemente o sotto un' altra condizione, sarebbe necessariamente dipendente dalla condizione che rende l' obbligazione medesima condizionata. Imperocchè non può farsi valido pagamento alla persona destinata, fuorchè d' una cosa dovuta, e questa non può essere dovuta se non esiste la condizione dell' obbligazione; L. 141, §. 7 e 8, ff. *de verb. oblig.*

Non è lo stesso quanto al termine del

pagamento. Potendo esso farsi validamente prima del termine, l'indicazione di pagare ad un terzo non è necessariamente subordinata al termine che ho accordato al mio debitore per pagarmi; ed è perchè posso, contrattando, permettere al mio debitore di pagare ad un terzo, purchè lo faccia nel termine di un mese, quantunque accordo a lui il termine di due mesi per pagare a me stesso; *d.* L. 98, §. 4.

485. E' valido il pagamento fatto alla designata persona non solo quando è fatto dallo stesso debitore al quale si fece questa destinazione, ma anche da qualsivoglia altra persona; L. 59, vers., *et si a filio*, *ff. de solut.*

486. Siffatto diritto che ha il debitore di pagare validamente la somma tanto alla persona destinata come alla persona del creditore, è un diritto che passa negli eredi del debitore. Essi conservano questo diritto quand'anche nel titolo da loro rinovellato non ne fosse stata fatta menzione, giacchè non si presume mai che con un nuovo titolo siasi voluto innovare al titolo primitivo.

487. Di regola generale non è che alla persona stessa indicata nel contratto, alla quale puossi validamente pagare, e non già a' suoi eredi od altri che la rappresentassero; L. 55, ff. *de verb. obligat.* L. 81 ff. *de solut.*

Ciò non ostante allorchè un venditore addita al compratore nel contratto di vendita di pagare il prezzo ad uno de' suoi creditori, il pagamento può farsi legittimamente non solo alla persona del creditore, ma anco agli eredi del creditore medesimo e ad altri che fossero succeduti al suo credito. La ragione sta in ciò che nell' indicazione è stata considerata non tanto la persona indicata quanto la di lei qualità di creditore, per l' interesse che aveva il venditore, che si pagasse per lui questo debito, e per quello dell'acquirente di pagare al creditore per essere surrogato nei diritti ed ipoteche di questo creditore.

488. Si cessa di poter legittimamente pagare alla persona destinata, quand' essa ha subìto un cangiamento di stato. Perchè se la persona, cui per il contratto si è fissata di pagare, ha poscia perduta la vita civile,

io non potrei validamente a lei pagare, l. 38, *de solut.*, sebbene avesse il creditore potuto indicarmi una persona che al tempo del contratto sarebbe morta civilmente; ed è appunto in questo senso che deesi intender la legge 95, §. 6 *dicto tit.*, la quale sembra essere contraria. (*Vedete Cujac. in comment. ad Papin. ad h. l.*) Il motivo di tale differenza si è, che può presumarsi che il creditore non avrebbe voluto che si pagasse fra le mani di questa persona, se preveduto avesse ch' ella perderebbe la vita civile. Ma quando all' epoca del contratto costui l' aveva perduta, e non l'ignorava il creditore, non può più esser ambigua la volontà del creditore di poter pagare nelle costui mani, sebben più non goda dei diritti dello stato civile.

Giova pur ritenere lo stesso rapporto ad una persona che, destinata a ricevere un pagamento, si trovasse in seguito interdetta, o sotto la podestà del marito, o fatta avesse bancarotta. In tutti questi casi il debitore non può più validamente a lei pagare, stante la presunzione che non sarebb' ella stata destinata qualora si fossero preveduti simili accidenti. (*Cod. civ. art.* 1940.)

489. Quegli a cui per convenzione il creditore ha destinato di pagare, è molto ben diverso da colui che ne è semplicemente di lui procuratore per ricevere. La facoltà di pagare ad un semplice procuratore cessa per la revoca della procura notificata al debitore, il che può farsi dal creditore quando meglio gli aggrada; perchè la facoltà di pagare a questo procuratore essendo unicamente fondata sulla procura a lui costituita dal creditore, la quale è revocabile come ogni altra procura, ne viene per conseguenza che cessando la procura a motivo della revoca, cessar dee pure la facoltà di legittimamente a lui pagare.

Per lo contrario la facoltà di pagare alla persona designata dalla convenzione avendo il suo fondamento nella stessa convenzione di cui fa parte, e a cui non può derogarsi che col consenso de' contraenti, non è lecito al creditore di privarne il debitore, il quale giusta la legge della convenzione può, malgrado il suo creditore, pagar nelle mani della persona che gli venne destinata nella convenzione. Ciò è quanto c'insegnano le leggi 12 §. 3, e 106, ff. *de solutionibus*.

Non pertanto se il creditore allegasse ch' egli ha delle ragioni perchè non s' effettui il pagamento nelle mani della tale persona indicata nel contratto, e che niun interesse ne avesse il debitore di pagare fra le mani di siffatta persona piuttosto che al creditore medesimo, o a qualche altra persona che egli destinasse invece di quella indicata nel contratto, il voler pagare nelle mani della persona designata sarebbe, per parte di questo debitore, un vero mal umore, una irragionevole ostinazione, che dovrebbesi dalla giustizia disapprovare.

490. Secondo il diritto romano la facoltà di pagare alla persona determinata nella convenzione cessava allorquando, sulla domanda fatta dal creditore, eravi insorta qualche contestazione; l. 57 §. 1, ff. *de solut.*; il che fondavasi sopra una mera sottigliezza, che stimo non doversi seguire nella nostra giurisprudenza.

491. Non v' ha alcun dubbio che il pagamento di una parte del debito fatto alla stessa persona del creditore, non toglie la facoltà di pagare il rimanente alla persona indicata; l. 17, ff. *de solut.*

§. V.

In quali modi può essere convalidato il pagamento fatto alla persona che non avea nè facoltà nè qualità per ricevere.

492. Il pagamento fatto ad una persona che non avea nè qualità nè facoltà per ricevere divien valido, 1. per la ratifica fatta dal creditore dopo l'eseguito pagamento; l. 12, §. 4, *de solut.*; l. 12, *Cod. dicto tit.*; l. 24 ff. *de negot. gest.* (*Cod. civ. art.* 1239.)

Avendo le ratifiche un effetto retroattivo, giusta la regola *ratihabitio mandato comparatur*, detta legge 12, §. 4, il pagamento dovrà riputarsi valido fino dal tempo in cui venne fatto. Laonde se taluno si è costituito verso di me fidejussore per il mio debitore, colla clausola che la fidejussione non sussisterebbe che fino al primo di gennajo 1750, dopo il qual termine rimarrebbe di pien diritto libero ed esonerato, il pagamento, ch' egli ha fatto nel corso del 1749 ad uno, il quale non aveva da me

nessun mandato, si riterrà valido, e non potrà ripetere la somma sborsata, sebbene io non abbia ratificato un tal pagamento che dopo l'anno 1750, tempo in cui egli avrebbe cessato d'essere mio debitore, qualora non avesse pagato. Imperocchè il pagamento, a motivo dell' effetto retroattivo della mia ratifica, è valido fin dal giorno che è stato eseguito; ed è stato fatto in un tempo che vigeva la di lui obbligazione; l. 71, §. 1, ff. *de solut.*

Dietro a questo principio, se io son debitore di mille lire verso Pietro e Paolo, miei creditori solidarj, e che dopo d' aver pagato questa somma primieramente ad una persona che la ricevette per Pietro senza alcun di lui mandato, l' abbia pagata una seconda volta a Paolo, la validità del pagamento fatto a Paolo sarà dipendente dalla ratifica di Pietro. Valido sarà il primo pagamento se Pietro lo ratifica, e sarà nullo il secondo fatto a Paolo per essere tale pagamento quello di un debito già scontato. Se poi Pietro non lo ratifica, sarà senza effetto il pagamento, e sarà valido quello che si è fatto a Paolo; l. 58, §. 2, ff. *d. tit.*

493. Divien valido in 2.° luogo il pagamento fatto ad una persona che non aveva qualità per ricevere, quando la somma pagata pervenga in seguito al creditore; leg. 28, leg. 34, §. 9, ff. *de solut.*, *puta*, se questa ha servito a liberare il creditore da qualche suo debito; leg. 66, ver. *sed exceptione*, *ff. d. titulo.* (*Cod. civ. art.* 1239.) Il terzo caso è, se questa persona a cui venne fatto il pagamento è diventata erede del creditore, od è per qualche altro titolo successa nel credito; leg. 96, §. 4, ff. *dicto titulo.*

ARTICOLO III.

Qual è la cosa che dev'essere pagata, e come e in quale stato dev'essa pagarsi.

§. I.

Se si possa pagare una cosa per un'altra.

494. E' regolarmente la cosa dovuta quella che dev'essere pagata, e un debitore non può costriegere il suo creditore a ricevere

in pagamento altra cosa che quella da lui dovuta; leg. 16, cod. *de solut.* (*Cod. civ. art.* 1243.)

Noi qui non abbiamo alcun riguardo alla novella 4, *cap.* 3, che permette al debitore di una somma di denaro, il quale non abbia nè moneta nè mobili per procacciarsene, di obbligare il creditore a ricevere in pagamento de' fondi pel valore che verrà dalla stima determinato, quando il creditore non ami meglio di ricercargli un compratore (veggasi il processo verbale del consiglio di stato, tomo 4.° p. 199.)

495. Non solamente il debitore non può obbligare il creditore a ricevere in pagamento altra cosa che quella a lui dovuta; ma se per isbaglio il creditore credendo di ricevere ciò che gli era dovuto aveva ricevuto tutt'altro, nullo sarebbe il pagamento, ed il creditore offrendo di restituire ciò che ha ricevuto, potrebbe esigere la cosa che a lui si dee. Il che trovasi pur deciso da Paolo nella legge 50, ff. *de solut. Si quum aurum tibi promisissem, tibi ignoranti quasi aurum aes solverim non liberabor.*

Se piacque al creditore di ricevere un'

altra cosa in pagamento di quanto gli era dovuto, non avvi alcun dubbio sulla validità di questo pagamento; leg. 17, *Cod de solut.*, ammenochè per causa di lesione non siasi fatto luogo alla restituzione contro simile pagamento, come nel caso della minoretà del creditore, che dato avesse imprudentemente questo consenso, o nel caso di dolo ec., leg. 26, ff. *de liberatione legata.*

496. Il debitore può qualche volta costringere il creditore a ricevere in pagamento di ciò che è a lui dovuto qualche altra cosa, quando cioè gliene è stata concessa la facoltà tanto nel contratto, quanto in alcun altra convenzione posteriore intervenuta poscia col creditore; leg. 57, leg. 96, §. 2, ff. *de solut.*

A norma del diritto romano una tale facoltà cessava, tostochè si fosse, dietro instanza del creditore, contestata la lite; d. L. 57: ciò che penso non doversi seguire nella nostra giurisprudenza.

497. Simili convenzioni con cui si stipula di pagare qualch'altra cosa in vece di quella che è dovuta, si presumono sempre fatte in favore del debitore: così è sempre le-

cito al debitore di pagare la stessa somma da lui dovuta senza che possa il creditore esigere una cosa diversa.

Laonde se un marito riceve per contratto di matrimonio una certa somma in dote per la cui sicurezza egli ipoteca alcuni fondi, e siasi quindi convenuto, che al tempo dello scioglimento del matrimonio la moglie li riceverà in pagamento della sua dote, simile convenzione non impedirebbe al marito o suoi eredi di ritenere i suddetti fondi, scegliendo di offrire la somma ricevuta in dote, alla restituzione della quale son essi tenuti; leg. 45, ff. *de solut.*

Per l'egual motivo, qualora avessi io affittata una tenuta di vigne per la somma di 500 lire all' anno pagabili in tanto vino che si raccoglierà dalle medesime, la facoltà di pagare con del vino si giudica essere posta in favor del fittajuolo debitore; ed offrendo questi di pagarmi in danaro le cinquecento lire, qual prezzo del suo affitto, io non potrei costringerlo a pagarmi con del vino.

Ma quando poi il pagamento fosse stato fatto con una cosa diversa da quella che si

doveva, il debitore, quando fosse consumata la cosa, sebbene offrisse di pagare la somma stessa dovuta, non sarebbe più ammesso a chiederne la ripetizione; leg. 10, leg. 24, cod. *de solut.*

§. II.

Se il creditore sia tenuto a ricevere in parte ciò che gli è dovuto.

498. Quantunque un credito sia divisibile, fino a che non si è ancor diviso, il creditore non è obbligato di ricevere in parte ciò che a lui è dovuto. (*Cod. civ. art.* 1244.)

Diffatti su questo principio decide Modestino, nella legge 41, §. 1, ff. *de usur.*, che se niuna clausola avvi nel contratto, cui autorizza il debitore a pagare in parte, il deposito da lui fatto di una parte soltanto, non toglie nè anche per la parte depositata il corso alle usure. Questa decisione suppone evidentemente il principio, che un creditore non è obbligato a ricevere in parte ciò che è a lui dovuto. Se ei vi

fosse obbligato, e valido fosse il deposito di quella parte esibita, gl'interessi cesserebbero tosto di decorrere; poichè essendo in parte estinta una somma di danaro, le usure non decorrono più, eccettochè per la residua somma dovuta. Ciò è quanto decide la legge quarta Cod. *de compen.*, e quanto pure il sol buon senso c'insegna.

Qual'interesse ha mai un creditore, si dirà forse, di ricusare al suo debitore la comodità di pagarlo in parte? Si può rispondere, che si ha interesse di ricevere talvolta una grossa somma con cui disimpegnare i proprj affari, piuttostochè molte piccole somme in diversi tempi, che si spendono insensibilmente a misura che si ricevono. D'altronde è poi per il creditore un imbarazzo l'empiere il suo registro delle ricevute di tante piccole somme, e il dover fare diversi calcoli; Molin. *tract. de divid. et indiv.*, *part.* 2, *n.* 14.

Di più: non basta al debitore di offrire tutta la somma principale in pagamento, allorchè questa produce interesse; il creditore non è costretto a riceverla se non gli si

paga

paga nello stesso tempo tutti gl' interessi scaduti.

499. Allorchè più persone si sono costituite fidejussori per un debitore, sebbene tra loro godano del beneficio di divisione, nullameno fino a che il creditore non li cita al pagamento, non può ciascuna di esse obbligarlo a ricevere il pagamento in parte.

La ragione si è, che il debito a cui molti si costituirono fidejussori non è fra di loro *ipso jure* diviso; questi fidejussori non hanno che un' eccezione per far pronunciare la divisione del debito, ed è quando vengono citati al pagamento: ma non può più essere opposta tale eccezione, se trovansi in allora tutti solvibili. Non essendo il debito fino a quest' epoca per anco diviso, n' emerge la conseguenza che il creditore non possa essere tenuto a riceverlo in parte.

L' istanza che fa il fidejussore, il quale non è ancor convenuto, al creditore di ricevere la sua porzione, se questi non ama meglio esonerarlo, essa non ha alcun fondamento, qualunque siane il tempo in cui si è la sicurtà obbligata; poichè non è contro il creditore, ma contro del principale

debitore che il fidejussore ha l' azione *mandati* perchè lo renda esonerato dal suo obbligo di sicurtà.

Siffatta istanza non è pur fondata, quando anche il fidejussore allegasse che il debitor principale e i confidejussori, sebbene ancor solvibili, comineiano a dissipare i loro beni, e che quindi non dev' egli soffrire per la negligenza del creditore nel convenirli: a questo fidejussore non rimane altra risorsa che di pagare tutto il debito, e farsi surrogare nei diritti e nelle azioni del creditore; *Molin. tract. de divid et individ., part.* 2, *n.* 54, 55, 56.

Dumoulin, n. 57, prosiegue più oltre. Quand' anche l' obbligazione dei fidejussori fosse tra loro divisa di pieno diritto, come sarebbe se tre persone si fossero, ciascuna per un terzo, costituite sicurtà di un debitore, egli pensa che anco in questo caso il fidejussore che non è convenuto al pagamento non può forzare il creditore a ricevere il pagamento del suo tempo; perchè, dic' egli, l' obbligazione della sicurtà non deve portare indirettamente attentato alla obbligazione principale, e renderla così, prima d' essere, divisa pagabile in parte.

Io credo che Dumoulin vada troppo lontano. In fatti questo fidejussore, non essendo obbligato che per il terzo, deve avere la facoltà di liberarsene pàgando questo terzo, poichè lice a ciascun debitore di liberarsi coll' offrire tutto ciò ch' egli deve. Credo eziandio che il debitor principale, il quale non potrebbe in proprio nome pagare in parte, possa pagare a favore di uno de' fidejussori il terzo che deve questo fidejussore. Il debitore avendo interesse di pagare per questo fidejussore affine di liberarsi dalla indennità che deve al medesimo, il creditore non può rifiutare un tal pagamento. Conviene Dumoulin, *ibid. n.* 50, che questa sia la comune opinione de' dottori, sebbene egli sia d'avviso contrario.

500. Alla regola che il creditore non può essere obbligato a ricevere in parte ciò che gli è dovuto, fino a tanto che il debito non è ancor diviso, si fa una prima eccezione allorchè v'ha nel contratto la clausola, che la somma dovuta sarà divisa in un certo numero di pagamenti, ovvero allorchè, avuto riguardo alla povertà del debitore, il giudice ha così giudicato con una sentenza di con-

danna. In ambo questi casi il creditore è tenuto di conformarsi a quanto è prescritto dalla convenzione o dalla sentenza di condanna.

Quando non si è spiegata la somma che si sborserebbe in ciascun pagamento, i pagamenti devono intendersi fra loro eguali. Se, p. e., io mi sono obbligato a pagarvi dieci mila scudi in quattro pagamenti, ciascun pagamento dev'essere del quarto della somma, e non di più, nè di meno; eccettochè possa io fare diversi pagamenti alla volta, pagando la metà od i tre quarti della somma.

Quando la convenzione richiede che il pagamento sarà fatto in due differenti luoghi, che s'uniscono per via d'una congiunzione, come se detto si fosse che io pagherò in Orleans al mio domicilio, ed in Parigi al domicilio del mio banchiere; questa clausola racchiude in se quella di poter fare il pagamento per metà in ciascheduno degli accennati luoghi. La cosa va altrimenti se la particella è disgiuntiva, come se si dice che io pagherò a Parigi o ad Orleans, allora il creditore non è obbligato a

ricevere che in un sol pagamento in uno dei due luoghi che al debitore piacerà di scegliere.

501. La nostra regola soffre una seconda eccezione, quando cioè insorgevi contestazione sulla quantità di ciò che è dovuto. *Puta*, se io sono debitore del residuo di una certa somma, e colui, a cui rendo i conti, pretende con delle questioni che debba il residuo ammontare ad una somma maggiore; in questo caso la legge 31, ff. *de reb. cred.*, vuole che il creditore possa essere obbligato a ricevere la somma del cui residuo mi feci debitore, senza pregiudizio del di più, nell'attendere la decisione della contestazione. Essendo tale decisione del tutto equa, è della prudenza del giudice l'ordinare provvisoriamente questo pagamento, allorchè il debitore lo chiede.

502. Una terza eccezione ammette la suddetta regola nel caso della compensa, poichè un creditore è tenuto di compensare la somma, ch' ei deve al suo debitore, fino alla concorrenza di ciò che è a lui dovuto, sebben quella sia minore della somma che gli si deve.

503. Chi è creditore di una persona in forza di varj crediti, è obbligato di ricevere il pagamento di uno de' suoi crediti che gli viene offerto dal suo debitore, sebben questi non gli offra nell'istesso tempo il pagamento degli altri crediti.

Per la stessa ragione il debitore di più anni di arretrati può obbligare il creditore a ricevere il pagamento di un'annata, quantunque non gli offra nello stesso tempo il pagamento degli altri anni, pel motivo che tutti questi termini di arretrati sono tanti diversi crediti. Nullameno il creditore non può essere costretto a ricevere gli ultimi anni prima dei precedenti, *ne rationes ejus conturbentur*, *Molin. ibid. n.* 44.

Secondo questo principio, Dumoulin, *ibid.*, decide che un enfiteuta, assoggettatosi in forza della clausola dell'enfiteusi a decadere dal suo diritto mancando di pagare per tre anni il canone, può evitare questa pena coll'offrire il pagamento di un anno prima della scadenza del terzo.

(Malgrado la regola che non permette di forzare il creditore a ricevere il suo pagamento in parte, i giudici, avuto riguardo

alla situazione del debitore, ed usando con molta riserva di questa facoltà, possono accordare dilazioni moderate al pagamento, e sospendere l'esecuzione giudiziale, restando il tutto nello stato medesimo). (*Codice civile, art.* 1244.)

§. III.

In che modo può essere pagata la cosa dovuta?

504. Il pagamento di una cosa non si fa che col trasferire per mezzo della tradizione la proprietà irrevocabile di questa cosa: *Non videntur data quae eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt*; leg. 167, ff. *de reg. juris.*

Da ciò si deduce, come già si disse nell'articolo I, che non è valido il pagamento di una cosa quando non appartiene a chi la dà in pagamento senza il consenso del proprietario.

Può non pertanto in seguito divenir legittimo tale pagamento, se il creditore che la ricevette in paga ne è diventato proprie-

tario col tempo richiesto per l' usucapione, o almeno quando ha cessato di non aver più a temere alcuna evizione di questa cosa, come allorquando colui che gliela diede in pagamento è divenuto l'unico erede del proprietario di questa cosa, o quando la cosa cessò di esistere, oppure è stata in buona fede consumata dal creditore che l'ha ricevuta in pagamento; l. 78, *l.* 94, §. 2, ff. *de solution.*

Eccone la ragione: in questi casi ciò che è sopraggiunto dappoi ha supplito a quanto mancava al pagamento col far acquistare al creditore o la proprietà della cosa che ha ricevuto in pagamento, o qualche cosa equivalente al diritto di proprietà.

505. Ma quando il creditore riceve la cosa sua propria per isbaglio in pagamento, è talmente nullo il pagamento a lui fatto, che non può giammai convalidarsi; poichè non può mai essere considerato aver egli sì realmente che equivalentemente acquistato ciò che già gli apparteneva: *Quod meum est amplius meum esse non potest.*

506. Allorchè il pagamento è fatto ad un terzo per ordine del creditore, è pari-

menti d' uopo che la proprietà della cosa, che si paga, sia trasferita o al creditore, quando il terzo la riceve a nome del creditore ad oggetto di acquistarla per lui, oppure al terzo, quando l' intenzione del creditore è stata tale da voler che la cosa fosse acquistata al terzo medesimo.

Da ciò deriva che quando io diedi ordine a colui che mi ha venduto un fondo di farne la tradizione a mia moglie cui volea donarlo, il pagamento, ossia la tradizione di questo fondo, che fa di mio ordine a mia moglie, non avendo potuto trasferirne la proprietà a mia moglie, perchè le donazioni tra marito e moglie sono dalla legge proibite, nè a me, non avendolo mia moglie per me ricevuto, il mio venditore è rimasto proprietario del fondo di cui fece la tradizione a mia moglie. Questo pagamento adunque, avuto riguardo soltanto alla sottigliezza del diritto, non è valido, e non ha liberato il mio venditore; ma se in tal caso non l'ha *ipso jure* e giusta la sottigliezza del diritto liberato, lo ha però liberato *per exceptionem doli*, non permettendo la buona fede che io gli addimandi un fondo che

per fatto mio egli si è messo nello stato da non potermelo consegnare col averlo rimesso per mio ordine a mia moglie. E' appunto per ciò che in questo caso non è più tenuto ad altro verso di me che a cedermi il suo diritto di rivendicazione, affinchè lo eserciti a mio rischio. Questo è quello che risulta dalla legge 26, ff. *de donat. inter vir. et uxor.* e dalla legge 38, §. 1, ff. *de solut.*

Secondo i nostri usi, non sarebbe nemmeno necessario che il mio debitore mi surrogasse nel suo diritto di rivendicazione; la giustizia mi surroga di pieno diritto.

Convien spiegare presso a poco in tal modo anche la legge 34, §. 7, ff. *de solut.* Vedete questa spiegazione nelle note sopra tal legge, *in Pandect. Justin.* tit. *de solut.* n. 27.

507. Perchè il pagamento sia valido, non basta che la proprietà siane trasferita al creditore; fa d'uopo, come già dissimo, che ella sia trasmessa irrevocabilmente. Imperocchè non è già un realmente trasferirgliela, allorchè si trasferisce in maniera che non la possa per sempre ritenere,

giusta la regola di diritto: *quod evincitur, in bonis non est*; l. 190, ff. *de reg. jur.*

Per esempio, se la cosa data in pagamento era aggravata d'ipoteche, sia che la cosa dovuta fosse questa cosa medesima, sia che essa fosse stata data in pagamento di una somma, il debitore non sarebbe per questo pagamento assolto dal suo debito qualora non purgasse le suddette ipoteche; l. 20, l. 69, l. 98, ff. *de solut.*; poichè questo pagamento non avendo trasmesso al creditore, a cui fu fatto, una proprietà tale della cosa che egli potesse sempre conservarla, non è punto un pagamento legittimo, nè vale per conseguenza ad estinguere il debito.

Se per una clausola del contratto il debitore, che si era obbligato a dare una certa cosa, aveva addossato al creditore i rischj di certe evizioni di questa cosa; o che fosse la cosa dichiarata pel contratto stesso essere di sua natura soggetta ad una certa specie di evizioni, la soggezione a tali evizioni, purchè non se ne abbia a temere altre fuori di quelle imposte al creditore, non osterà alla validità del pagamento che gli venne fatto di questa cosa.

§. IV.

In quale stato la cosa dev' essere pagata.

508. Allorchè il debito consiste in un certo e determinato corpo, la cosa può essere validamente pagata in qualunque stato si trovi, purchè le deteriorazioni sopravvenute posteriormente al contratto non provengano nè per colpa del fatto del debitore, nè per quella di certe persone, di cui sia egli risponsabile, come sarebbero i suoi operaj o i suoi domestici (e purchè eziandio non fosse il debitore in mora prima di queste deteriorazioni). (*Cod. civ. art.* 1245.)

Se la cosa è stata deteriorata o per caso fortuito o per il fatto di un altro estraneo, il debitore può legittimamente pagarla nello stato in cui si trova: non è tenuto più oltre, fuorchè a cedere al suo creditore le azioni ch' ei può avere contro chi ha causato il danno; e qualora non gliele cedesse il giudice vi surrogherebbe il creditore,

siccome quegli che realmente il danno sopporta.

509. Non è lo stesso quando il debito è di un corpo indeterminato; come se un mercatante di cavalli ha promesso per contratto di matrimonio al suo genero di dargli un cavallo, qual parte della dote di sua figlia, senza specificare qual fosse questo cavallo; se mai qualcuno de' suoi cavalli fosse diventato cieco di un occhio, oppur rognoso, egli non potrà dar questo cavallo affine di liberarsi dal suo debito, ma deve darne uno che non abbia alcun vizio notabile; l. 33, *in fin. ff. de solut.* (*Cod. civ. art.* 1246.) Se in vece egli si fosse obbligato determinatamente di dare a suo genero un tal cavallo, si esonorerebbe dalla sua obbligazione, dandoglielo tal quale si trova.

ARTICOLO IV.

Quando dev' esser fatto il pagamento.

510. Egli è evidente che non può farsi il pagamento di una cosa prima ch' ella sia dovuta; poichè fin a tanto che non vi

è debito, non può esservi nemmeno pagamento. Da ciò emerge che, quando un debito è sospeso, perchè la condizione sotto cui fu contratto non è per anco avvenuta, non può farsi il pagamento. Non solo il debitore non può essere obbligato a pagare, nè il creditore obbligato a ricevere prima dell' adempimento della condizione; ma se il debitore ignorando la condizione aveva per errore pagato, egli ne avrebbe la ripetizione *per condictionem indebiti*: imperocchè sarebbe certo, che in questo caso avrebbe egli pagato ciò che ancor non doveva. Ma tale pagamento che non era valido, diviene valido, ed è confermato dall' adempimento della condizione; poichè siffatto adempimento ha un effetto retroattivo al tempo del contratto, il quale facendo riputare il debito dovuto fino dal tempo del contratto (*supra n.* 220.), fa per necessaria conseguenza riputar valido il pagamento che è stato fatto prima della condizione; l. 16, ff. *de condit. indebit.*

511. Non è pure lo stesso intorno al termine del pagamento, come intorno alla condizione, non avendo il termine l' ef-

fetto di sospendere il debito, ma soltanto di ritardarne la esigibilità (*supra n.* 230.), il pagamento fatto prima del termine è legittimo; l. 1, § 1, ff. *de cond. et demonstr.*

Questa regola soffre non pertanto alcune eccezioni. Se, per esempio, un testatore, avendo legata una somma ad un minore, per impedire che il tutore non la dissipasse avesse ordinato che non sarebbe pagato se non che alla maggiore età del legatario, l'erede debitore del legato, il quale l'avesse anteriormente pagata, non sarebbe liberato in caso che il tutore divenisse insolvibile. Veggasi la l. 15, ff. *de ann. legat.* Veggasi sul termine del pagamento ciò che dissimo, *part.* 2, *cap.* 3, *art.* 3.

ARTICOLO V.

Dove il pagamento dev' esser fatto, e a spese di chi.

§. I.

Dove il pagamento dev' esser fatto.

512. Quando per la convenzione si è stabilito un luogo in cui deve farsi il pa-

gamento, egli deve essere fatto in questo luogo. Se non v' è designato alcun luogo, e che il debito sia di un corpo determinato, il pagamento si deve far nel luogo in cui esiste la cosa. Se, p. es., io ho venduto ad un mercante il vino della mia vendemmia, è nella mia cella dove sta riposto il vino che io deggio riceverne il pagamento: ei deve colà inviarvi i suoi carri, farlo caricare a sue spese, non essend' io tenuto che a consegnarglielo dove si trova. Io non son punto obbligato a traslocarlo, ma di dargli soltanto la chiave della mia cella, e di soffrire che se lo trasporti via. Ciò è conforme alla legge 47, §. 1, ff. *de legat.* 1. *Si quidem certum corpus legatum est ..... ibi praestabitur ubi relictum est.* (*Cod. civ. art.* 1247.)

Se il debitore dopo il contratto avesse trasportata la cosa dal luogo, in cui era, in un altro, dove il traslocamento della medesima si troverebbe più dispendioso pel creditore, questi potrebbe in via di danni ed interessi pretendere il di più che un tale traslocamento non gli avrebbe costato se la cosa fosse rimasta nel luogo dov' era

al

al tempo della stipulazione, non dovendo col suo fatto il debitore deteriorare la condizione del creditore.

513. Se poi il debito non è di un corpo certo, ma di una cosa indeterminata, come se mi si donasse un pajo di guanti, una certa somma di denaro, una certa quantità di biada, di vino ec., il luogo del pagamento non potrebbe più essere in questo caso il luogo dove trovasi la cosa, poichè la sua indeterminazione c'impedisce di poter assegnare qualche luogo in cui ella sia. Qual sarà dunque egli mai? La legge testè citata dice, che in questo caso la cosa dev' essere pagata nel luogo in cui vien essa richiesta, *ubi petitur*, vale a dire al domicilio del debitore; *Molin. Tract. de usur. q.* 9. (*Cod. civ. art.* 1247.)

La ragione si è che le convenzioni sulle cose rispetto a cui le parti non si sono spiegate, dovendo interpretarsi piuttosto in favore del debitore, che in favore del creditore, *in cujus potestate fuit legem apertius dicere*, (*supra n.* 97.) ne segue da questi principj, che allorquando non si sono spiegati sul luogo, in cui dee farsi il

pagamento, la convenzione deve a questo riguardo interpretarsi nel modo il meno oneroso, e meno dispendioso al debitore.

Il principio da noi ammesso, che le cose indeterminate sono pagabili al domicilio del debitore quando non sia stato designato nella convenzione nessun luogo per il pagamento, patisce un' eccezione allorchè vi concorrono le due seguenti circostanze, quando cioè i domicilj del creditore e del debitore non sono molto distanti l' uno dall' altro, *puta* se dimorino nella stessa città, e quando la cosa dovuta consiste in una somma di danaro, o in qualche altra cosa che senza spesa può essere portata od inviata al creditore. Allorchè vi concorrono queste due cose, il pagamento deve farsi alla casa del debitore; *Molin. ibidem.* In questo caso il debitore deve prestare al suo creditore una tale deferenza, la quale a lui non costa un zero. (Il Codice civile non ammise quest' eccezione alla regola, che prescrive doversi fare il pagamento al domicilio del debitore, ammenochè non siavi stipulazione in contrario. Processo verbale del consiglio di stato t. [illegible] pag. 200.)

Quantunque nell'atto siasi espressamente detto, che la somma sarà pagabile alla casa del creditore, il quale all'epoca dell' atto abitava nella stessa città in cui domiciliava il debitore, e tanto più quando non si fece alcuna dichiarazione sul luogo del pagamento; se dopo il contratto il creditore ha trasferito il suo domicilio in un' altra città lontana da quella del debitore, il debitore avrà diritto di chiedere al creditore che si scelga il domicilio nel luogo ove dimorava nel tempo che fu stipulato il contratto; non dovendo simile trasferimento di domicilio in un luogo, di cui il debitore non ha veruna pratica, riescire al medesimo più oneroso, e rendere peggiore la sua condizione giusta la regola: *Nemo alterius facto praegravari debet.*

Veggasi circa al luogo del pagamento quanto fu detto più sopra, par. II, cap. 3, art. 4.

§. II.

A spese di chi deve farsi il pagamento.

514. Il pagamento si fa a spese del debitore, ed è perciò che s'egli vuole una

quittanza per man di notajo, questa dev'essere fatta onninamente a sue spese. (*Cod. civ. art.* 1248.)

Ed è pure per questa ragione che chi ha venduto del vino è tenuto di pagare all' ufficio de' sussidj la bolla necessaria per la consegna del medesimo.

ARTICOLO VI.

Dell' effetto dei pagamenti.

515. L' effetto del pagamento è di estinguere l'obbligazione, con tutto ciò che ne è accessorio, e di liberare tutti coloro che ne sono debitori.

§. I.

Se un solo pagamento possa estinguere molte obbligazioni.

516. Talvolta un solo pagamento può estinguere molte obbligazioni; e ciò succede appunto quando la cosa che è data per l' adempimento di una obbligazione, è quella cosa medesima che formava l' oggetto di un' altra obbligazione.

Se io, per esempio, affine di pagare la somma, che mi avete imprestata, ho con voi stipulato di vendervi la cosa che vi aveva data in pegno, il pagamento che faccio a voi di questa cosa estingue ad un tempo stesso e l'obbligazione derivante dal prestito da voi fattomi, e quella risultante dalla vendita, che mi faceste della cosa medesima; leg. 44, ff. *de solut.*; poichè la cosa che io vi pago per l'adempimento dell'obbligazione proveniente dall'imprestito della somma da voi fattomi, è la cosa medesima che costituisce l'oggetto della mia obbligazione risultante dalla vendita che vi ho fatta.

517. Questa regola ha luogo rapporto a diversi creditori. Per esempio, se io dovendovi dieci mille lire le ho pagate per vostro ordine ad un altro, cui voi siete debitore di una egual somma, tal pagamento estingue nell' istesso tempo due obbligazioni, la mia cioè e la vostra. L. 64, ff. *d. tit.*; egli libera me verso di voi, e libera voi verso il vostro creditore. Questo pagamento ne contiene due *juris effectu*: avvegnachè egli è lo stesso come se io vi

avessi pagata questa somma, e che voi in seguito l'aveste consegnata al vostro creditore: *Celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem ocultari.* L. 3, §. 12, ff. *de don. inter vir. et uxor.*

518. Questa regola che il pagamento fatto per adempire un'obbligazione, estingue tutte le altre obbligazioni che hanno lo stesso oggetto, ha luogo anche riguardo a più debitori.

Se per esempio io ho imprestato, dietro vostro ordine, una somma di danaro a Pietro, il pagamento fattomi da Pietro della somma imprestatagli, estingue nello stesso tempo e l'obbligazione di Pietro, e la vostra risultante dall'ordine che mi avete dato.

Ciò che noi abbiamo detto, cioè che quando vi sono due obbligazioni, che sebbene procedano da differenti cause hanno però un solo ed unico oggetto, il pagamento di una, serve ad estinguere anche l'altra, non si verifica che nel caso in cui il debitore che ha pagato non avesse il diritto di farsi cedere l'azione del creditore contro il debitore dell'altra obbligazione. Nel caso contrario, quando cioè quello che ha pagato

aveva diritto di farsi cedere le ragioni ed azioni del creditore contro il debitore dell' altra obbligazione, non estingue col pagamento, che la propria obbligazione; l'altra sussiste, e sebbene non abbia l'effetto che il creditore possa farsi pagare un' altra volta, ha però l'effetto che possa cedere l'azione che ne deriva a quello cui deve cederla.

Per esempio nel citato caso, si è veduto che se io ho imprestato a Pietro una somma di danaro dietro vostro ordine, il pagamento fatto da Pietro estingue e la sua obbligazione e la vostra; ma se prima che Pietro avesse pagata questa somma, per liberarvi dall' obbligazione risultante dall' ordine che mi avete dato, l'aveste pagata voi stesso, questo pagamento estingue bensì la vostra obbligazione, non già quella di Pietro, perchè voi avete diritto di ottenere da me la cessione delle mie ragioni ed azioni contro Pietro, che rimane in conseguenza tuttavia obbligato non già verso di me che non posso esigere due volte la stessa cosa, ma verso di voi in sequela della cessione che io devo farvi della mia azione. L. 95, §. 10, *ff. de solut.*; L. 28, *ff. mand.*

Questa cessione d'azione contro il debitore di un' altra obbligazione può farsi anche *ex intervallo* dopo il pagamento, e in ciò differisce da quella che si fa contro i condebitori di una stessa obbligazione, di cui parleremo nel seguente Paragrafo. (Attualmente questa cessione ha luogo di pieno diritto. *Cod. civ. art.* 2029. Processo verbale del consiglio di stato pag. 201.)

§. II.

Se il pagamento fatto da un debitore estingue anche l' obbligazione di tutti gli altri debitori della stessa obbligazione; e della cessione d' azione.

519. Se il pagamento di un' obbligazione può liberare i debitori di una diversa obbligazione che ha però lo stesso oggetto, come si è veduto nel precedente paragrafo, con molto più di ragione il pagamento fatto da uno de' debitori di una stessa obbligazione, deve liberare anche tutti gli altri debitori della stessa obbligazione, siano debitori principali, siano accessorj, come per esempio i fidejussori.

Una eccezione a questa regola si riscontra nel caso della cessione delle azioni, perchè se uno de' condebitori, o delle sigurtà si è fatto cedere i diritti e le azioni del creditore, il debito non si presume estinto riguardo a quelli contro cui sono state cedute le ragioni del creditore.

Alcune quistioni possono farsi al proposito di questa cessione d'azioni. 1.° Quali persone hanno diritto, pagando un debito, di farsi cedere le azioni del creditore contro gli altri debitori obbligati? Il creditore è egli obbligato talmente a questa cessione d'azioni, che non possa più esigere il suo credito in tutto o in parte, da quelli cui si era obbligato di cedere le sue ragioni, quando per fatto proprio si è reso incapace di poterle cedere? La cessione d'azioni ha luogo di pieno diritto, oppure deve essere richiesta, e in qual tempo? Quali sono gli effetti di questa cessione d'azioni?

Riguardo alla prima questione bisogna ritenere un principio, cioè che tutti quelli che sono obbligati per altri, o con altri da cui possono farsi pagare in tutto o in parte, hanno diritto, pagando un debito, di farsi

cedere dal creditore le sue azioni e ragioni contro gli altri debitori obbligati.

Dietro questo principio il giurisconsulto Giuliano nella legge 17, ff. *de fidej.*, decide che il fidejussore, pagando, deve farsi cedere l'azione del creditore sia contro il debitor principale che contro tutti gli altri debitori obbligati : *fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere coeterorum nomina*, ibid.

Per la stessa ragione il creditore che esige da un debitore solidario la totalità del debito, non può ricusargli la cessione delle sue ragioni ed azioni contro gli altri debitori. L. 47, ff. *locati.*

Quest'obbligazione del creditore di cedere le sue ragioni è fondata sulla regola di equità naturale, che essendo noi obbligati di amare tutti gli uomini, dobbiamo conceder loro tutte le cose che hanno interesse di avere, quando possiamo darle senza nostro discapito.

Un debitor solidario adunque avendo un giusto interesse di avere l'azione del creditore contro gli altri condebitori solidarj

per farsi indennizzare della loro quota di debito a cui sono parimenti obbligati, il creditore non può ricusargliela; come per la stessa ragione non può ricusarla ad un fidejussore, e generalmente a tutti quelli che essendo obbligati a un debito hanno interesse di farsi pagare in tutto o in parte, da quelli per cui, o con cui sono coobbligati.

Ma quando un estraneo paga un debito a cui non è tenuto, e senza avere interesse di pagarlo, il creditore non è obbligato, se così gli piace, a cedergli le sue ragioni ed azioni, leg. 5, Cod. *de solut.*, per la ragione che non ne aveva bisogno, non essendo obbligato a pagare. (*Cod. civ. art.* 1250.)

Questo principio soffre però una eccezione riguardo alle cambiali. Quando un estraneo per un atto di stima, sia verso il traente, che verso alcuno de' giratarj, o l'accettante paga una cambiale di cui non è debitore, non solamente non gli si può negare la cessione delle ragioni del creditore della cambiale, ma per un favore particolare del commercio, le acquista di pieno

diritto in forza dell'ordinanza del 1673, come vedremo nel nostro trattato delle cambiali.

520. Riguardo alla seconda questione, di sapere cioè se sia inattendibile la dimanda del creditore contro uno de' debitori, *per exceptionem cedendarum actionum*, quando per fatto suo proprio si è reso incapace di cedergli le sue ragioni contro gli altri debitori, se trattasi de' così detti *mandatores pecuniae credendae*, non può esservi alcun dubbio. Papiniano nella legge 95, §. 11, ff. *de solut.* lo decide formalmente. *Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat; cum ipsius vitio acciderit ne mandatori possit actionibus cedere.* (*Cod. civ. art.* 2037.)

E la ragione ne è evidente. Egli è un principio comune a tutti i contratti billaterali che quando si sono contratte delle reciproche obbligazioni, mancando per mia colpa di eseguire dal canto mio la mia obbligazione, non possa più dimandare l'esecuzione della vostra. Ond' è che secondo questo principio, se voi aveste imprestata di

mio ordine una determinata somma di denaro a Pietro, e che per colpa vostra abbiate perduta l'azione acquistata mediante l'imprestito; non potendo per conseguenza cedermela, deve essere inammissibile la vostra dimanda diretta contro di me per il rimborso della somma a cui mi era obbligato col contratto di mandato tra noi due avvenuto, mentre dal canto vostro vi siete reso incapace di adempire la obbligazione contratta verso di me in forza di questo contratto di cedermi cioè l'azione da voi acquistata contro Pietro per l'imprestito fattogli in esecuzione del mandato. Vedi sopra n. 446.

Dovrà però dirsi lo stesso riguardo ai fidejussori? Un fidejussore a cui il creditore domanda il pagamento di un debito per cui si è reso sigurtà, può egli far dichiarare inammissibile questa dimanda quando il creditore per fatto proprio si è reso incapace di cedergli le sue ragioni, colle quali avrebbe potuto ripetere la somma pagata? La ragione di dubitare è che non trovasi alcun testo di diritto formalmente decisivo riguardo ai fidejussori. La legge 95, §. 11 sopra ci-

tata, che dà questa eccezione d'inammissibilità ai *mandatores pecuniae credendae*, non sembrami decisiva per i fidejussori, non essendovi parità di ragione. Difatti quello che ha imprestato una somma di denaro a Pietro dietro l'ordine di alcuno, ha contratto, in forza del mandato che contiene l'ordine eseguito, una formale obbligazione verso il *mandator pecuniae credendae*, di cedergli e conservargli l'azione acquistata contro Pietro coll'imprestito fattogli in esecuzione del mandato. Ma non può dirsi ugualmente riguardo al fidejussore, che il creditore abbia contratta l'obbligazione verso di esso di cedergli e conservargli le sue ragioni. La fidejussione è un contratto unilaterale, e non rimane obbligato in forza di questo contratto che il solo fidejussore. Se il creditore è obbligato di cedere le sue ragioni al fidejussore che eseguisce il pagamento, non è obbligato che in forza della sola equità naturale, non avendo alcun interesse di ricusarle, ma non può essere obbligato a cederle se non quando e come a lui competono; nè deve a lui imputarsi se non le ha conservate, e si è reso inca-

pace di cederle. Aggiungasi pure un' altra differenza rimarcata da Cujaccio alla legge 21, ff. *de pactis.* Quello per ordine di cui io ho imprestato una somma a Pietro, non avendo azione alcuna contro Pietro, ha bisogno assolutamente che io gli ceda le mie ragioni. Al contrario un fidejussore avendo per se stesso un' azione contro il debitor principale per cui si è reso sigurtà, non ha bisogno assolutamente di questa cessione delle ragioni del creditore contro il debitor principale, sebbene possa essergli utile la cessione delle ipoteche. *Nec usquam legitur,* dice Cujaccio, *cogi creditorem fidejussori cedere actionibus sortis.*

Nè solamente avvi alcun testo di diritto che decida essere inammissibile la dimanda del creditore contro il fidejussore in tutto o in parte, quando per fatto proprio si è reso incapace di cedergli le sue ragioni, sia contro il debitor principale, sia contro alcuno degli altri fidejussori; che anzi vi sono alcuni che sembrano supporre il contrario. Difatti nella legge 22, ff. *de pactis*, si stabilisce che un creditore può convenire col debitor principale di non di-

mandargli il pagamento del suo debito, riservandosi ciò non ostante di poterlo dimandare al fidejussore. Il creditore adunque in questo caso può dimandare al fidejussore il pagamento del debito, quantunque non sia più in caso di cedergli la sua azione contro il debitor principale divenuto inefficace in forza della convenzione avvenuta tra il creditore e il debitore che ha acquistata la eccezione *pacti.* Parimenti la legge 15, §. 1. ff. *de fidej.*, sembra decidere anch'essa che il creditore che per fatto proprio si è reso incapace di cedere a un fidejussore le sue ragioni contro gli altri, non può essere in alcun modo pregiudicato. *Si ex duobus qui apud te fidejusserant in viginti, alter,* NE AB EO PETERES, *quinque tibi dederit, vel promiserit; nec alter liberabitur; et si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris.* Eppure il creditore si era reso incapace di cedere a quello che pagava i quindici scudi di residuo debito le sue ragioni contro l'altro da cui avrebbe potuto ripeterne cinque. Nonostante queste ragioni, bisogna decidere che quando il creditore si è reso incapace di cedere al fide-

fidejussore le sue ragioni sia contro il debitor principale, sia contro gli altri fidejussori, o perchè gli abbia liberati, o perchè abbiano ottenuta l' assolutoria dalla di lui domanda, anche il fidejussore può far dichiarare inammissibile *per exceptionem cedendarum actionum* la dimanda del creditore per il vantaggio che avrebbe potuto trarre il fidejussore dalla cessione delle ragioni che il creditore non è più in caso di fare (Questa opinione è adottata dal Codice, articolo 2037).

Questo principio non soffre alcuna difcoltà riguardo all' azione contro il debitor principale, perchè, come abbiamo già osservato al n. 370, essendo essenziale che il fidejussore non abbia maggiore obbligazione del debitor principale, la liberazione che fa il creditore al debitor principale vale ugualmente per il fidejussore, e tutte le eccezioni *in rem*, e prescrizioni che possa avere acquistato il debitor principale, sono acquistate ugualmente per il fidejussore. Riguardo alla legge 22, ff. *de pactis* noi abbiamo già risposto al n. 380.

Quando poi il creditore si è reso incapace di cedere agli altri fidejussori l'azione competentegli contro uno di essi, liberando il fidejussore, o lasciando che ottenesse l'assolutoria dalla di lui domanda, devesi parimenti decidere che sia inammissibile la dimanda del creditore contro gli altri fidejussori, non già per il totale, ma per la quota per cui avrebbero avuto il regresso verso il debitore liberato, se il creditore non si fosse reso incapace di ceder loro la sua azione, sempre *per exceptionem cedendarum actionum*. Per esempio se fossero quattro fidejussori tutti solvibili, il creditore non potrebbe pretendere il suo credito dagli altri tre, che sotto la deduzione del quarto per cui avrebbero potuto rivolgersi contro il fidejussore liberato; e se fra questi tre ve ne fosse anche uno insolvibile, il creditore dovrebbe fare la deduzione ai due solvibili non solo del quarto a cui era obbligato il fidejussore liberato, ma anche del terzo della quota dell'insolvibile che avrebbe pur dovuto pagare.

La ragione di questa decisione si è che allorquando più persone si obbligano insie-

me per un debitor principale, calcolano sul regresso che potranno in seguito avere gli uni contro gli altri, e senza questa confidenza non si indurrebbero forse a contrarne la loro obbligazione; per conseguenza non sarebbe giusto che dovessero esserne private per un fatto del creditore.

Che se il fidejussore liberato non si fosse reso sigurtà che dopo la obbligazione degli altri, egli è da osservarsi che non competerebbe a questi la eccezione *cedendarum actionum*, perchè rendendosi sigurtà non hanno potuto calcolare sul regresso contro il fidejussore liberato, non avendo ancora esso a quell' epoca contratta alcuna obbligazione. Ed è a questo sol caso, che bisogna ristringere la disposizione della legge 15 §. 1 sopra citata.

Ciò che si è detto finora riguardo ai fidejussori bisogna applicarlo anche ai debitori solidarj. Quando più persone contraggono una obbligazione solidaria, ciascuno non si obbliga alla totalità se non per la confidenza che pagando il totale potrà avere il regresso contro gli altri. Se adunque questa confidenza viene a cessare per un

fatto proprio del creditore che si è reso incapace di cedere le sue ragioni contro uno de' debitori ch'esso ha liberato, non può più agire solidariamente contro gli altri se non sotto la deduzione delle quote per cui avrebbero potuto rivolgersi contro il debitore liberato. Vedi sopra n. 275.

Quando il creditore ha lasciato perdere qualche diritto d' ipoteca sui beni di alcuno de' suoi debitori, sia ommettendo le necessarie inscrizioni o le opposizioni alle aggiudicazioni, sia trascurando d' interrompere i terzi acquisitori, che avendo comprato senza vincolo d' ipoteca ne hanno ottenuta la liberazione per effetto della prescrizione, i condebitori solidarj e i fidejussori possono essi opporre al creditore l'eccezione *cedendarum actionum* per la ragione che si è reso incapace di ceder loro l'azione ipotecaria risultante dall' ipoteca che ha lasciato perdere, e sulla quale azione essi calcolavano per la sicurezza del regresso, pagando il totale contro il debitore proprietario dei beni di cui il creditore ha lasciato perdere l' ipoteca? Io non lo credo: l' eccezione *cedendarum actionum* sembra che

non possa essergli opposta se non qualora per un fatto positivo dal canto suo si è reso incapace di cedere le sue ragioni contro uno dei debitori liberando la sua persona o i suoi fondi, o quando permettendo che fosse assolto dalla di lui domanda, si è reso sospetto di collazione. Ma una semplice negligenza di non aver interrotta la prescrizione riguardo ai terzi acquirenti, di non aver fatto le necessarie inscrizioni ed opposizioni, sembrami che non possa essergli imputata, 1. perchè non essendo obbligato alla cessione delle sue ragioni ed azioni che per una semplice ragione di equità naturale, non avendo contratto a questo riguardo verso gli altri debitori o fidejussori alcuna precisa obbligazione di conservargliela, basta che usi buona fede a questo riguardo, vale a dire che nulla faccia di contrario alla sua obbligazione, ma non deve essere risponsale di una semplice negligenza; 2. anche gli altri debitori e fidejussori hanno potuto vegliare al pari di lui alla conservazione del perduto diritto di ipoteca: essi potevano intimargli di interrompere la prescrizione decorrente a favore

dei terzi acquirenti, di fare le inscrizioni ed opposizioni richieste dalla legge, e in questo caso avrebbero costituito in mora il creditore, e sarebbe appoggiata la loro querela per la perdita del diritto d'ipoteca. Ma quando furono trascurati anch'essi al pari del creditore non possono opporgli una negligenza che è loro comune con esso.

521. La terza quistione, se la cessione delle azioni del creditore si fa *ipso jure*, è già stata agitata di sopra al n. 280 riguardo ai debitori solidarj, ove contro l'opinione di Molineo noi abbiamo stabilito, che non può aver luogo di pieno diritto, ma che deve essere richiesta; che però quando fosse stata richiesta non è necessario, secondo la pratica francese, di addimandare in giudizio il creditore che la ricusasse, ma la legge supplisce in questo caso al rifiuto del creditore, e trasferisce le sue azioni a quello che ne avea già addimandata la cessione. Tutto ciò che noi abbiamo detto riguardo ai debitori solidarj è parimenti applicabile per i fidejussori.

Questa cessione deve essere fatta, o ri-

chiesta al momento del pagamento, altrimenti il pagamento estinguendo il credito, e l'azione del creditore, non si può più fare la cessione di quelle ragioni che più non esistono.

I soli *mandatores pecuniae credendae* possono per una ragione particolare farsi cedere *ex intervallo* l'azione del creditore. Vedi questa ragione al n. 446.

E quì sono da rimarcarsi alcuni casi in cui la legge trasferisce *ipso jure* i diritti e le azioni del creditore a quello che ha pagato il debito, ancorchè non ne abbia addimandata la cessione. Questi casi sono: 1. quando alcuno all'oggetto di impedire una protesta, e per un atto di stima ha pagato spontaneamente una cambiale, o un biglietto all'ordine: in questo caso, come abbiamo già veduto al n. 520. in fine, subentra di pieno diritto in tutte le ragioni ed azioni competenti al creditore del vaglia, o cambiale.

2.° Quando durante la comunione di beni fra due conjugi siasi riscattata col denaro della comunione una rendita dovuta soltanto da uno di essi: l'altro conjuge in allora, o i

suoi eredi subentrano *ipso jure* per la loro quota nella comunione, in tutte le ragioni del creditore contro il conjuge debitore della rendita, o i suo eredi. Statuto di Parigi 244, 245.

Vedi ciò che abbiamo detto nella nostra introduzione al titolo 10 della consuetudine d' Orleans. Cap. 6, §. 4.

3.° Quando un creditore ipotecario per rendere efficace il suo diritto d' ipoteca paga a un altro creditore ipotecario ciò che gli è dovuto dal comun debitore, in questo caso non è necessario che il creditore addomandi il subingresso, ma subentra *ipso jure* nel credito che ha pagato e nelle ipoteche e ragioni dal medesimo dipendenti, essendo evidente che non ha pagato se non per ottenere questo subingresso. Vedi la nostra introduzione al titolo vigesimo della consuetudine D'Orleans, n. 71.

Riguardo al terzo detentore di un fondo, che per evitare il pericolo di esserne spogliato ha pagato il suo debito per cui il fondo stesso era ipotecato, se pagando ha ommesso di domandare il subingresso nelle ragioni del creditore, non vi subentra *ipso*

jure, ma secondo però le nostre consuetudini può esercitarne le ragioni competentigli sul fondo di cui è possessore contro tutti gli altri creditori posteriori a quello che ha pagato, perchè avendolo purgato dalle ipoteche, *meliorem fecit in eo fundo coeterorum creditorum pignoris causam*, ciò che gli attribuisce contro di essi la eccezione del dolo per poter ritenere ciò che ha pagato, e per purgare questa ipoteca. La buona fede non permette che gli altri vengano a trarre vantaggio da questa purgazione con di lui danno. *Dolo faciunt si velint cum ejus damno locupletari.* Questo caso è simile affatto a quello in cui il detentore di un fondo soggetto ad ipoteca, vi avesse fatti dei miglioramenti.

La cessione delle azioni, o almeno la dimanda di questa cessione è sempre necessaria per poter subentrare nei crediti ipotecarj, eccettuato il seguente caso, quando cioè vi sono dei crediti che hanno un privilegio inerente alla persona, come quello delle spese funeree, e di ultima malattia, dei fitti di casa, degli arretrati di rendite fondiarie, o verso il fisco ec., in allora non è

necessario di addomandarne il subingresso: il privilegio inerente a questi crediti passa *ipso jure* nelle mani di quelli che gli hanno pagati, e si esercita da essi nella stessa maniera, che lo eserciterebbe il creditore stesso da loro pagato col proprio denaro. *Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit*, leg. 24, §. 3, ff. *de reb. aut. jud. poss. alias.*, leg. 9, §. 3, ff. *de privil. cred.* (E' quì inutile di ricordare che, secondo il Codice civile, quando chi paga ha un interesse di farlo, la cessione ha luogo *ipso jure*).

522. Sulla quarta quistione qual sia l' effetto della cessione delle azioni, bisogna vedere la legge 36, ff. *de fidej.* Essa ci insegna che il pagamento fatto da alcuno ad un creditore con subingresso nelle di lui ragioni ed azioni, si reputa non tanto un pagamento, quanto una vendita che il creditore fa del suo credito, e delle ragioni ad esso inerenti a quegli, da cui ne riceve il denaro. *Non in solutum accepit sed quodammodo nomen debitoris vendidit* : detta legge. Onde il credito così pagato si presume sussistere ancora a favore di quello

che è subentrato e con tutte le ragioni da esso dipendenti, che può esercitare, come avrebbe potuto fare il creditore di cui si reputa procuratore *in rem suam*.

Questo subingresso non si fa per il totale, se non quando quello che paga ha diritto di farsi indennizzare per il totale, come quando quello che paga, è un fidejussore che può rivolgersi per la totalità contro il debitore principale.

Ma quando quello che paga non può farsi indennizzare che in parte ed è debitore egli stesso della residua somma, il subingresso non avrà luogo, che per le porzioni per cui ha diritto di essere reintegrato; ma per la quota di cui è egli medesimo il real debitore, il pagamento deve considerarsi puro ed assoluto, ed estingue il debito intieramente per questa quota.

Supponghasi per esempio, che sianvi quattro debitori solidarj di un debito; se uno di essi che è debitore della totalità verso il creditore e di un solo quarto verso a' suoi condebitori, paga la somma totale del debito con subingresso, il subingresso non può aver luogo che per i tre quarti, di cui ha

diritto di essere reintegrato contro i suoi condebitori; ma per il quarto di cui è debitore egli stesso realmente, il pagamento deve considerarsi puro ed assoluto, ed estingue il debito per questa quota.

523. Si fa una grande quistione sul punto, se questo debitore possa esercitare solidariamente contro ciascuno degli altri condebitori le ragioni del creditore in cui è subentrato per i tre quarti. Noi l'abbiamo già trattata estesamente al n. 281. La stessa quistione può farsi riguardo a un fidejussore subentrato nelle ragioni del creditore, contro gli altri fidejussori, e deve decidersi lo stesso riscontrandosi le stesse ragioni.

Ciò che rimane da osservarsi si è, che non è se non per una finzione di diritto, stabilita in favore di quello che paga con subingresso, che il credito si presume sussistere ancora. In realtà esso è pagato ed estinto, perchè la vera intenzione delle parti è stata di fare un pagamento, e non una vendita. Onde se alcuno pagando una rendita, di cui era debitore solidario o sigurtà, ha ottenuto il subingresso nelle ragioni del creditore della rendita, non soggiace più

alle ipotece che avevano sulla rendita stessa i creditori del creditore proprietario della rendita, come vi sarebbe soggetto un vero cessionario, cui il creditore ne avesse fatto cessione, poichè il pagamento da esso fatto, quantunque con subingresso, essendo un vero pagamento, ha estinto la rendita, e conseguentemente le ipoteche, le quali si estinguono *rei obligatae interitu.* Il subingresso nelle ragioni del creditore essendo una finzione stabilita in favore di quello che paga, non può essergli opposto secondo la massima. *Quod in favorem alicujus introductum est, non debet contra ipsum retorqueri.*

(Le rendite essendo attualmente considerate immobili, non sono più suscettibili d' ipoteca).

§. III.

Dell'effetto dei pagamenti parziali.

524. Il pagamento di una quota di ciò che è dovuto, estingue regolarmente il debito di questa quota. Per esempio se voi mi dovete dieci scudi, e me ne pagate

cinque, il debito è estinto per metà. L. 9, §. 1, ff. *de solut.*

525. Questa regola soffre però tre eccezioni: la prima riguardo alle obbligazioni alternative che col pagamento che si fa di una parte di una delle due cose dovute sotto l'alternativa, non sono in alcun modo estinte finchè siasi pagata anche l'altra parte della stessa cosa. Per esempio se un contadino maritando sua figlia ha promesso di darle in dote o una tal vacca, o venti scudi, pagando dieci scudi al suo genero non estingue neanche in parte con questo pagamento la sua obbligazione se la vacca esiste ancora, finchè non abbia pagato i dieci scudi residui. Il pagamento fatto prima è sospeso fino a quest' epoca, e non è che l' ultimo che lo convalida, ed estingue il debito totalmente, cosicchè se esso in seguito volesse pagare piuttosto la vacca, il primo pagamento sarebbe nullo, e potrebbe ripetere la somma dei dieci scudi, come indebitamente pagata. Leg. 26, §. 3, ff. *de cond. indeb.*

Se dopo aver pagato i primi dieci scudi, la vacca venisse a perire, in questo caso

la vacca non può più essere il soggetto del pagamento, e l'obbligazione essendo determinata alla somma promessa di venti scudi, il pagamento dei primi dieci scudi diventa valido, ed estingue il debito per metà.

526. La seconda eccezione si verifica riguardo alle obbligazioni di un corpo indeterminato, *obligationes generis.* Riguardo a queste obbligazioni bisogna ripetere tutto quanto si è già detto riguardo alle obbligazioni alternative. Se un contadino per esempio maritando sua figlia le ha promesso in dote un cavallo indeterminatamente, e per soddisfare a questa obbligazione, le dà una parte di un dato cavallo che ha in comune col suo vicino, la sua obbligazione non rimane estinta nemmeno in parte finchè abbia acquistata anche la parte che ha il vicino nel cavallo, e l'abbia ceduta al di lui genero: fino a quest' epoca, non ostante il pagamento già da esso fatto della parte che avea nel cavallo il genero può dimandare ancora un cavallo in totalità, offrendo però di restituire quello che ha ricevuto in parte. Leg. 9, §. 1, ff. *de solut.*

Queste decisioni sono egualmente applicabili tanto nel caso che l' obbligazione alternativa o di una cosa indeterminata sia stata contratta da un solo o più debitori, quanto nel caso che sia stata contratta verso un solo o più creditori. Leg. 34, §. 1, *de solut.* Leg. 26, §. 14, *de condict. indeb.*

527. La terza eccezione si è quando un debitore ha dato in pagamento di una somma dovuta una o più cose determinate. Se questo pagamento trovasi nullo in parte per l'evizione sofferta dal creditore di una parte delle cose ricevute in pagamento, il debito non sarebbe estinto nemmeno in parte, e il creditore offrendo di restituire ciò che gli rimane delle cose ricevute in pagamento, potrebbe pretendere il debito intiero, per la ragione che se avesse creduto di non poter ritenere la cosa totalmente, non l'avrebbe forse così facilmente ricevuta in pagamento.

ARTICOLO VII.

Regole sulle imputazioni.

Prima Regola.

528. Il debitore quando paga può dichiarare qual sia il debito in cui intende d'imputare la somma pagata. *Quoties quis debitor est pluribus causis unum solvit debitum, est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum.* L. 1, ff. *de solut.* (*Cod. civ. art.* 1253.)

E la ragione che ne dà Ulpiano è evidente: *possumus enim legem dicere ei quod solvimus, ibid.*

Secondo adunque la nostra regola, quantunque regolarmente gli interessi debbano pagarsi prima del capitale, ciò non ostante se il debitore che dovea capitali ed interessi, pagando una somma di danaro ha dichiarato di pagare a conto del capitale, il creditore che l'ha ricevuta non può più in seguito contestare questa imputazione. *Respondi si qui dabat, in sortem se dare*

dixisset, usuris non debere proficere; leg. 102, §. 1, ff. *de solut.* (Il Codice civile non esige un consenso espresso del creditore per fare questa imputazione. *Art.* 1254.)

Seconda Regola.

529. Quando il debitore pagando non fa alcuna imputazione, il creditore per differenti cause ha diritto di farla nella quitanza che rilascia. *Quoties non dicimus in id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis cui potius debito acceptum ferat.* Legge suddetta.

Egli è però necessario, 1.° che questa imputazione sia stata fatta al momento: *Dummodo in re praesenti fiat, in re agenda, ut vel creditori liberum non sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine solutum quis eorum velit; postea non permittitur.* L. 2, leg. 3, ff. *h. tit.*

2.° Che l'imputazione che fa il creditore sia giusta e ragionevole. *In arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo*, aggiunge la legge, *in id constituat solutum, in quo ipse si deberet esset*

soluturus, *idest*, (1) *non in id debitum*, *quod est in controversia*, *aud in illud quo pro alio quis fidejusserat*, *aut cujus dies nondum venerat.* L. 1, sud. ff. *de solut.*

Bachovio, *ad Treut. t.* 2, *disp. th.* 3, *l. C.*, dice che questa limitazione deve intendersi in questo senso, che a caso vergine, finchè cioè il debitore non ha ancora ricevuta dal creditore la quitanza contenente la imputazione, può opporsi alla imputazione del pagamento fatta dal creditore col debito che il debitore ha meno interesse di pagare, e pretendere conseguentemente che il creditore o faccia nella sua quitanza una ragionevole imputazione, o gli restituisca il suo danaro. Ma quando il debitore ha prestato il suo consenso all'imputazione accettando la quitanza che la contiene, non può più contraddire, secondo questo autore, alla fatta imputazione, quantunque sia fatta sul debito che aveva minor interesse di pagare, perchè *volenti non fit in-*

[1] Questa particella negativa trovasi fuor di luogo nel testo fiorentino, ed è necessaria questa correzione per l'intelligenza del testo.

juria, e perchè altrimenti non si potrebbe più dire che quando l'imputazione non è stata fatta dal debitore, la scelta di essa spetti al creditore. Supponendo infatti che il creditore non possa fare l'imputazione che sul credito che il debitore avea maggior interesse di pagare, e per conseguenza sul credito su cui l'imputazione si farebbe di diritto qualora il creditore non ne avesse fatta alcuna, ne viene di conseguenza che quella che fa il creditore è inutile, ed esso non ha più alcuna scelta. Tale è il ragionamento di Bachovio.

A questi argomenti si può però rispondere che per la sussistenza della regola che deferisce al creditore la scelta dell' imputazione quando non lo faccia il debitore, non è già necessario che il creditore possa usare della scelta in tutti i casi, ma basta che possa usarne in alcuni, come sarebbe quando i diversi debiti a cui è tenuto il debitore sono tali che poco gli importa che l' uno sia pagato in preferenza dell' altro. Il creditore in questo caso ha la scelta dell' imputazione quando non la faccia il debitore; e invece che, se non vi fosse alcuna

imputazione, si farebbe di diritto sul debito più antico, o su tutti per contributo in caso di concorrenza di debiti, come vedremo in seguito, l' imputazione in allora si fa soltanto in quello in cui il creditore ha scelto di farla.

Supponiamo per esempio che io sia vostro creditore della somma di mille lire per il prezzo di un fondo vendutovi nel 1750 per atto pubblico; più di una egual somma di mille lire per prezzo di un altro fondo vendutovi nel 1760 egualmente per atto pubblico. Dopo avermi pagato gl'interessi d'ambe due le somme voi mi pagate mille lire senza dichiarare su quale dei due debiti intendete di fare l'imputazione di questo pagamento: per voi è indifferente che si faccia piuttosto sull'uno che sull'altro, giacchè amendue sono esigibili, ipotecarj, e producono interessi, ma per me importa moltissimo di fare quest' imputazione sul debito del 1760 all'oggetto di conservare l'ipoteca del 1750: perchè senza questa imputazione si riputerebbe pagato il debito del 1750 come il più antico.

L' altra eccezione opposta da Bachovio

sembra più plausibile, ed è che allorquando il debitore accettando la quitanza contenente l'imputazione ha prestato il suo consenso a questa imputazione, non può più contraddirla sebbene avesse interesse di farla sopra un altro debito. Io non credo però che debbasi così decidere indistintamente giacchè se il debitore è un semplice, un idiota, questa imputazione inserita nella quitanza non deve essergli pregiudicievole, quando la somma pagata uguagliava o sorpassava quella del debito che il debitore aveva maggior interesse di pagare, talmente che il creditore non avrebbe potuto avere alcuna ragione per esimersi dal fare l'imputazione che il debitore aveva interesse di fare. Per esempio io suppongo che un contadino sia debitore verso di un procuratore, da una parte, della somma di trecento lire esigibili per il prezzo della vendita fattagli di un pezzo di terra e degl'interessi per un anno circa, e sia debitore dall' altra parte di cinque o seicento lire per onorarj. Se questo contadino porta al procuratore una somma di quattrocento lire, e questi rilasciando la quitanza fa menzione di averla ricevuta

a conto degli onorarj, è evidente che questa imputazione è una sorpresa che si è fatta al debitore, e che il debitore ha diritto, nonostante ciò che risulta dalla quitanza, di dimandare che il pagamento sia imputato sulle trecento lire di debito per il prezzo del fondo, e che in conseguenza gl' interessi siano cessati dal giorno della quitanza. All' opposto quando il creditore ha avuto una sufficiente ragione per esimersi dal fare l' imputazione sul debito che importava più al debitore di pagare, *puta* perchè la somma pagata era minore di quella dovuta per questa causa, o perchè il creditore non era obbligato a ricevere soltanto in parte il pagamento di questo debito; il debitore in allora non può opporsi all'imputazione fatta in un altro debito, perchè il creditore in questo caso avendo diritto di ricusare il fattogli pagamento, non l' ha accettato che sotto condizione della imputazione da esso fatta, e convenuta tra esso e il debitore. (*Cod. civ. art.* 1255.)

Notisi però che quando risulta espressamente dalla quitanza che siasi ricevuta la

somma a conto di tutti i differenti crediti del creditore, *ex universo credito*, questa generale imputazione non si presume comprendere che i crediti per cui compete un' azione al creditore, non già i crediti puramente naturali. L. 94, §. ult., ff. *de solut.*

Questa espressione mi sembra altresì che non comprenda che i crediti di cui è già scaduto il termine di pagamento.

Terza regola.

530. Quando l'imputazione non è stata fatta nè dal debitore, nè dal creditore, deve farsi di diritto su quello dei differenti debiti che il debitore all'epoca del pagamento avea maggior interesse di estinguere. (*Cod. civ. art.* 1256).

Corollario primo.

L'imputazione deve farsi piuttosto sul debito non contrastato, che sul contrastato; piuttosto sul debito di cui all'epoca del pagamento era già scaduto il termine che su quello di cui non era ancora scaduto.

L. 3, §. 1. L. 103, ff. *de solut.* (*Codice civ. ivi.*)

Corollario secondo.

Fra più debiti di cui è già scaduto il termine di pagamento l'imputazione deve farsi piuttosto su quello che porta l'arresto personale che sui debiti puramente civili.

Corollario terzo.

Fra i debiti civili deve farsi piuttosto su quelli che producono interesse, che su quelli che non ne producono alcuno.

Corrollario quarto.

Deve farsi piuttosto sul debito ipotecario che sul chirografario. L. 97, ff. *de solutionibus.*

Corollario quinto.

L'imputazione si fa piuttosto sul debito per cui il debitore avea prestata fidejussione, che su quello senza fidejussione; leg. 4 in fine, e leg. 5, ff. *de solut.* E la ragione è

che il debitore col pagamento si libera da due creditori, dal creditore principale e dal fidejussore ch'egli è obbligato ad indennizzare. Ora si deve avere maggior interesse di liberarsi da due creditori che da un solo.

Corollario sesto.

Deve anche farsi piuttosto sul debito che appartiene a quello che paga come debitor principale, che su quello che gli appartiene come fidejussore d'altri. Leg. 4 e 97, ff. *de solut.*

Possono però emergere delle circostanze per cui si facciano a questi corollarj delle eccezioni che sono lasciate in arbitrio del giudice.

Per esempio, quantunque nella imputazione debba preferirsi il debito già scaduto a quello che non è ancora scaduto, ciò non ostante se quello di cui è vicinissima la scadenza porta arresto personale, io credo che nella imputazione dovrebbe preferirsi a un debito ordinario di cui è già scaduto il termine, avendo il debitore maggior interesse di pagare piuttosto un debito per cui fra pochi

giorni potrebbe subire l' arresto personale; quantunque non ne sia ancora scaduto il termine, che gli altri debiti ordinarj benchè siano già maturati.

Parimenti quantunque il debito che porta arresto personale debba preferirsi nella imputazione ai debiti meramente civili, ciò non ostante, se il debitore fosse costituito in dignità e che le sue ricchezze lo lusingassero che il creditore non userebbe verso di lui del rigoroso mezzo dell' arresto personale, questo debito in allora che non porta alcun interesse dovrebbe cedere per la imputazione al debito puramente civile portante interesse.

Quarta regola.

531. Se i debiti erano tutti della medesima natura, cosichè il debitore non avea alcun interesse di pagare piuttosto l' uno che l' altro, l' imputazione deve farsi sul più antico. *Si nulla causa praegravet, in antiquiorem*; leg. 5, ff. *de solut.* (*Cod. civ. art.* 1256).

Notisi però che di due debiti contratti

nello stesso giorno, ma con diversità di termine, ambedue però maturati, deve ritenersi più antico il debito portante il termine più breve, in conseguenza scaduto prima, leg. 89, §. 2, ff. *de solut.*

Quinta regola.

532. Quando i diversi debiti fossero della istessa data, ed uguali in tutto e per tutto, l'imputazione si farà proporzionatamente su ciascuno di essi. *Si par, et dierum, et contractuum causa sit, ex summis omnibus proportione solutum*; leg. 8, ff. *de solut.*

Sesta Regola.

533. Nei debiti che per loro natura producono interesse, l'imputazione si fa prima sugli interessi che sul capitale: *Primo in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur.* L. 1, Cod. *de solut.* (*Cod. civ. art.* 1254.)

E questo principio ha luogo non ostante che risultasse dalla quitanza che la somma è stata pagata a conto *del capitale*, e *degli*

interessi, *in sortem et usuras.* Questa clausola deve intendersi in questo senso, che la somma è ricevuta a conto del capitale pagati prima gl' interessi. L. 5, §. ult. ff. *de solut.*

Notisi però che se la somma pagata eccede ciò che è dovuto a titolo d' interessi, il residuo deve imputarsi sul capitale, quand' anche l' imputazione fosse stata fatta espressamente sugl' interessi senza parlare del capitale. L. 102, §. ult. ff. *de solutionibus.*

Ma questa decisione deve intendersi in quanto al capitale esigibile; che se il debitore di una rendita costituita avesse pagato per errore più di quello che doveva per gli arretrati della rendita, avrebbe sempre salvo il diritto di ripetere ciò che avesse pagato di più, nè potrebbe dimandare l' imputazione sul capitale della rendita, perchè propriamente parlando, il capitale di una rendita costituita non è dovuto essendo solamente *in facultate solutionis*, e non si può presumere che il creditore abbia acconsentito al riscatto della sua rendita in parte.

534. La regola prestabilita che l'imputazione deve farsi prima sugl'interessi che sul capitale non ha luogo riguardo a quelli che sono dovuti da un debitore in pena della sua mora dal giorno della dimanda avanti il giudice. Quest'interessi sono parificati ai danni ed interessi che formano un debito distinto dal capitale, e ciò che paga il debitore quando non ha fatta alcuna imputazione, deve imputarsi piuttosto sul capitale, che su questo debito de' danni ed interessi, a norma del terzo corollario già riferito. Tale infatti è la nostra giurisprudenza. Vedi il giudicato 8 luglio 1649 al primo tomo del giornale delle Udienze, e l'altro giudicato 15 luglio 1706 nello stesso giornale.

535. Quando il creditore si paga da per se stesso col prezzo di una cosa ipotecata a di lui favore, e che ha fatto vendere, ne seguono altre regole, riguardo all'imputazione, diverse da quelle che sonosi prestabilite.

Prima Regola.

La prima regola è che l'imputazione in questo caso deve farsi piuttosto sul debito per cui la cosa stessa era ipotecata, che su quelli per cui non vi era alcuna ipoteca, qualunque interesse avesse il debitore di pagarli in preferenza. L. 101, §. 1, ff. *de solut.*

Nota. Se il debito per cui la cosa era ipotecata produce interessi, è in facoltà del creditore di fare l'imputazione sugl'interessi prima che sul capitale. L. 48, ff. *ibid.*

Seconda Regola.

Se la cosa era obbligata per differenti debiti, l'imputazione si fa prima su quello il cui diritto d'ipoteca era più grave. Per esempio se uno de' debiti ha un' ipoteca privilegiata, quando gli altri non abbiano che un' ipoteca semplice, l'imputazione si fa prima sul debito, la cui ipoteca era privilegiata; e fra le ipoteche semplici, l'imputazione si fa sul debito la cui ipoteca

era più antica: qualora poi i diritti d'ipoteca fossero tutti eguali, l'imputazione deve farsi su tutti per contributo, *pro modo debiti*; leg. 96, §. 3, ff. *de solutionibus*.

ARTICOLO VIII.

Del deposito e dell' offerta di pagamento.

536. Il deposito consiste nella rimessione che fa il debitore coll' autorità del giudice della cosa, o della somma dovuta nelle mani di un terzo.

537. Il deposito non è propriamente un pagamento, perchè il pagamento contiene essenzialmente la traslazione della proprietà della cosa pagata nella persona del creditore. *Vedi sopra il n.* 504. Ora è evidente che il deposito non trasferisce nella persona del creditore la proprietà della cosa depositata, non potendo il creditore acquistarla se non ricevendo volontariamente la cosa offerta. *Dominium non acquiritur nisi corpore et animo.* Ma quantunque il deposito che si fa sul rifiuto del creditore di ricevere la cosa, o la somma dovuta che gli è offerta

offerta, non possa realmente considerarsi un pagamento, ciò non ostante se è fatto validamente equivale ad un pagamento, ed estingue il debito come il pagamento reale che si fa al creditore. *Obsignatione totius debitae pecuniae solemniter facta, liberationem contingere manifestum est.* L. 9, Cod. *de solutionibus.* (*Cod. civ. art.* 1257.)

558. Perchè il deposito sia valido, ed equivalga al pagamento, è necessario, 1.° che il debitore non sia obbligato di pagare nelle mani del creditore, e questi sia stato costituito in mora mediante valide offerte che gli siano state fatte.

E perchè una offerta sia valida è necessario, 1.° che sia fatta al creditore stesso se è capace di ricevere, altrimenti a quello che ha una qualità per ricevere in sua vece, come il suo tutore, curatore ec.

Se nel contratto fosse indicata una persona a cui potesse farsi il pagamento, la offerta potrebbe anche farsi a questa persona, perchè il debitore avendo diritto di pagare a quest'istessa persona in forza dei patti della convenzione, una conseguenza

di questo diritto si è che non debba essere obbligato a ricercare per il pagamento il creditore.

539. In 2.° luogo è necessario che sia fatta da una persona capace di pagare, perchè chi non è capace di pagare è neanche capace di fare delle offerte.

540. In 3.° luogo è necessario che l'offerta sia della somma totale, a meno che il patto contenuto nella convenzione non accordi al debitore la facoltà di pagare in parte, altrimenti l'offerta non ha potuto costituire in mora il creditore, che non era obbligato di ricevere il suo debito in parte.

541. In 4.° luogo è necessario, se il debito è stato contratto sotto una condizione, che la condizione siasi verificata; e se vi ha un termine di pagamento stipulato in favore del creditore, che il termine sia decorso, perchè fintantochè il debitore non può essere obbligato ad accettare, l'offerta fattagli non può costituirlo in mora. (*Cod. civ. art.* 1258.)

542. E' necessario in 5.° luogo che l'offerta sia fatta nel luogo in cui deve farsi il pagamento. *Ita demum oblatio debiti li-*

berationem parit, si eo loco quo debetur solutio, fuerit celebrata. L. 9, Cod. *de solutionibus.* (*Cod. civ. ibid.*)

Perciò se la somma dovuta deve pagarsi al creditore nella sua casa non può validamente farsi alcuna offerta se non nella sua casa, e se la somma deve pagarsi in un altro luogo, l'intimazione può essergli fatta al domicilio da esso scelto in questo luogo per ricevere il pagamento: qualora poi non ne avesse scelto alcuno, bisognerà citarlo personalmente avanti il giudice del suo domicilio per far ordinare che sia obbligato di scegliere un domicilio in cui il debitore possa fare il suo pagamento, altrimenti che sia permesso al debitore di farne il deposito.

Se la cosa dovuta è una cosa determinata che deve essere rilasciata nel luogo in cui trovasi, bisogna fare un'intimazione al creditore personalmente o al suo domicilio perchè debba rilevarla: dietro poi quest'intimazione che tien luogo di offerta di pagamento, il debitore abbisognando del locale in cui trovasi, potrà ottenere il permesso dal giudice di metterla in deposito in qualche altro luogo.

543. Deve finalmente estendersi un atto di offerta, e dell'intimazione conseguentemente fatta al creditore di ricevere la cosa o la somma offerta.

Quest'atto d'intimazione deve farsi da un ufficiale ministeriale autorizzato per questa sorta d'atti. (*Cod. civ. art.* 1258.)

Si pratica anche di chiamare a quest'atto de'testimonj perchè possano attestare la fatta offerta.

L'intimazione deve anche contenere una citazione a comparire immediatamente avanti il giudice per far ordinare il deposito; la sentenza che ordina il deposito deve essere notificata al creditore con citazione per esser presente al deposito che si farà presso il tale nel tal giorno ed ora.

Ciò non ostante non è necessario per la validità del deposito che sia stato preceduto dall'ordinanza del giudice; e benchè il debitore nella sua intimazione non abbia fatto citare il creditore avanti il giudice, e gli abbia semplicemente dichiarato che sul di lui rifiuto farebbe il deposito nel tal luogo, giorno ed ora, il deposito conseguentemente fatto, debitamente notificato al

creditore è valido, e la sentenza che interviene in seguito, e lo conferma ha effetto retroattivo al tempo in cui è stato fatto. Vedi il giudicato 11 agosto 1703, riportato nel Giornale delle Udienze. (*Cod. civ. art.* 1259.)

544. (Attualmente per la validità del deposito si richede, 1.° che sia stato preceduto da un' intimazione notificata al creditore, contenente l' indicazione dell' ora, giorno e luogo in cui la cosa offerta sarà depositata.

2.° Che il debitore siasi spogliato della cosa offerta rimettendola nel luogo indicato dalla legge per ricevere le consegne e depositi. Questo luogo è la cassa d'ammortizzazione a norma della legge 28 nevoso anno 13.

3.° Che sia esteso dall' officiale ministeriale un processo verbale indicante la natura delle cose offerte, il rifiuto del creditore di riceverle, oppure la di lui mancanza a comparire, e finalmente il deposito.

4.° Che in caso di contumacia dalla parte del creditore, il processo verbale di deposito gli sia stato notificato colla intimazione

di ritirare la cosa depositata. *Codice civ. art.* 1259.)

545. L' effetto del deposito è che se è giudicato valido, il debitore si reputa pienamente liberato col deposito, quantunque *subtilitate juris* rimanga proprietario delle cose depositate finchè siano state ritirate dal creditore: cessano però di essere a di lui rischio e sono a rischio del creditore che da creditore di una somma diventa creditore delle cose stesse *tamquam certorum corporum* (*Cod. civ. art.* 1257.), ed è creditore non più verso il suo debitore che col deposito è stato pienamente liberato, ma verso il depositario che si obbliga in forza del deposito, *tamquam ex quasi contractu*, di restituire le cose stesse al creditore se il deposito è giudicato valido, oppure al debitore che le ha depositate quando il deposito sia dichiarato nullo.

Da ciò ne segue, che l'accrescimento o diminuzione che può sopravvenire nelle cose depositate rimane a rischio o vantaggio del creditore se il deposito è dichiarato valido, perchè quando la cosa dovuta è un oggetto determinato rimane sempre a peri-

colo del creditore. Se poi il deposito non è giudicato valido, il debitore deve ritirare le cose nello stato in cui si trovano.

In caso di aumento di prezzo sopravvenuto alle cose dopo il deposito, il debitore non può approfittare di questo aumento quando volesse ritirare le cose depositate, e sostener nullo il deposito, perchè nissuno è ammesso a contraddire al proprio operato, ed è il solo creditore che può opporre la risoluzione di forme che non sono state osservate, perchè sono stabilite unicamente in di lui favore. (Il Codice civile dà al debitore il diritto di ritirare il deposito finchè non sia stato accettato dal creditore. *Cod. civ. art.* 1261.)

Ci resta finalmente di esaminare la quistione se il deposito essendo stato fatto regolarmente, e il debitore avendo poi ritirato volontariamente le cose da esso stesso depositate, debba riguardarsi il deposito come non avvenuto, rispetto ai fidejussori e coobbligati del debitore, e se questi rimangano in conseguenza tuttavia obbligati. Per la negativa si può dire che il deposito, essendo stato fatto regolarmente, ha estinto

il debito, e liberati tutti quelli che ne erano risponsali; che quindi i fidejussori e coobbligati essendo stati liberati non può essere in facoltà del debitore di far rinascere la loro obbligazione che è già stata estinta, ritirando il deposito da esso fatto. E si trae argomento dalla legge ult. ff. *de pactis*, la quale decide che se il debitore ha acquistato, in forza del patto *de non petendo* fatto tra esso e il creditore, una eccezione contro le di lui azioni, per se e i suoi fidejussori, non può più, rinunciando a questo patto con una convenzione contraria, privare i fidejussori della eccezione da loro già acquistata. A più forte ragione si può dire adunque che non deve essere più in sua facoltà di far rinascere la obbligazione dei fidejussori dopo essere già stati liberati di pieno diritto in forza del deposito. Aggiungasi, che nella stessa maniera che dopo un pagamento reale che ha estinto il debito, la restituzione volontaria che fa il creditore al debitore delle cose pagate non potrebbe più far rinascere il debito, nella stessa maniera dopo il deposito che tien luogo di pagamento, e che ha la stessa

forza di estinguere il debito, la restituzione fatta al debitore delle cose depositate non può più far rinascere il debito. Non ostante queste ragioni con giudicato del 1624 riferito da Basset IV. 21. 2. è stato stabilito che il deposito in questo caso dee considerarsi come non avvenuto, e i fidejussori rimangono in conseguenza tuttavia obbligati (Il Codice civile ha adottato questa opinione nell'art. 1261.). Per ragione di questa massima adduce il Basset che il deposito che estingue il debito non è già un deposito momentaneo, ma quello, che *in suo statu permanserit*, e che non sia stato ritirato dal debitore che lo ha fatto. Ma non si può rispondere che questa è una petizion di principio? Diffatti la questione si è precisamente di sapere se il debitore che ha fatto un deposito regolare possa ritirarlo in pregiudizio dei fidejussori. Io crederei piuttosto di dover distinguere se il deposito è stato ritirato dal debitore prima di essere ordinato o dichiarato valido dal giudice, o dopo. Nel primo caso io credo che il deposito debba riguardarsi come non avvenuto, e che i fidejussori

non siano liberati, perchè il deposito non essendo un pagamento per se stesso, ha la forza di equivalere al pagamento ed estinguere il debito unicamente dietro l'autorità del giudice. Egli è ben vero che la sentenza che dichiara valido un deposito ha effetto retroattivo, e il deposito confermato da questa sentenza si reputa aver estinto il debito dal momento in cui è stato fatto; ma egli è pur anche vero che un deposito che non è stato nè ordinato, nè confermato dal Giudice, e ritirato dal debitore, non ha potuto avere la forza di estinguere il debito, e liberare per conseguenza i fidejussori, dovendo riguardarsi come non avvenuto. Nel secondo caso, quando cioè il debitore ha ritirato la somma depositata dopo che il deposito è stato dichiarato valido (con sentenza che ha acquistata la forza di cosa giudicata), questa sentenza equivale all' accettazione del creditore; il debito è estinto totalmente, e il debitore non può più, neanche col consenso del creditore, ritirare il deposito a pregiudizio dei condebitori o fidejussori. (*Cod. civ. art.* 1262.)

E quand' anche dopo questa sentenza il creditore avesse acconsentito che fosse ritirato il deposito, avrebbe perduto i suoi primi diritti di privilegio ed ipoteca, nè potrebbe ricuperarli che dal giorno in cui l' atto col quale ha acconsentito che fosse ritirato il deposito, fosse stato rivestito delle forme necessarie per essere ipotecario (*Cod. civ. art.* 1263.)

Se la cosa dovuta è un oggetto determinato che deve essere rimesso nel luogo in cui trovasi, il debitore che ha già fatta al creditore l' intimazione di trasportarlo, può essere autorizzato dal Giudice, se non è stato rilevato, a depositarlo in qualche altro luogo. (*Cod. civ. art.* 1264.)

Quando si fa contestazione sulla validità di un deposito, se è giudicato valido, le spese sono a carico del creditore. (*Cod. civ. art.* 1261.)

CAPO II.

Della novazione.

Divideremo questo capo in sei articoli. Nel primo vedremo cosa sia la novazione, e le sue differenti specie. Nel secondo parleremo dei debiti che devono servire di materia alla novazione. Nel terzo delle persone che possono far novazione. Nel quarto come si fa la novazione. Nel quinto dell'effetto della novazione. Finalmente parleremo nel sesto della delegazione che è una specie particolare di novazione.

ARTICOLO PRIMO.

Cosa sia novazione e sue differenti specie.

546. La novazione è la sostituzione di nuovo debito a un antico: l'antico si estingue per il nuovo che si contrae in sua vece, e perciò la novazione deve annoverarsi fra i modi con cui si estinguono le obbligazioni.

547. La novazione può farsi in tre differenti maniere, per cui ve ne sono tre differenti specie.

La prima è quella che si fa senza l'intervento di alcuna nuova persona quando un debitore contrae una nuova obbligazione verso il suo creditore a condizione di essere liberato da una precedente. Questa dicesi semplicemente *novazione.* (*Cod. civ., art.* 1271.)

548. La seconda specie è quella che si fa coll' intervento di un nuovo debitore, quando cioè alcuno si rende debitore in mia vece verso il mio creditore, che lo accetta per suo debitore, e mi libera in conseguenza dalla mia obbligazione. (*Cod. civ. ivi.*)

Quello che in tal maniera si rende debitore per un altro, che in conseguenza viene liberato, dicesi in diritto *expromissor,* e questa specie di novazione in diritto chiamasi *expromissio.*

Questo così detto *expromissor* è ben diverso dal fidejussore che in diritto chiamasi *adpromissor*, perchè quello che si rende fidejussore per un altro non lo libera dalla

sua obbligazione, ma vi aderisce soltanto, e si rende debitore unitamente con esso.

549. La terza specie di novazione è quella che si fa coll' intervento di un nuovo creditore, quando un debitore per liberarsi verso il suo vecchio creditore, d' ordine del medesimo contrae una obbligazione verso un nuovo creditore. (*Cod. civ. ivi.*)

Avvi anche una specie particolare di novazione così detta delegazione la quale contiene molte volte una duplice novazione: noi ne parleremo all' articolo 6.

Ommetteremo di far parola di quella che risulta *ex litis contestatione*, giacchè i principj del diritto romano a questo riguardo non sono più applicabili alla nostra giurisprudenza.

Articolo II.

Dei debiti costituenti la materia necessaria della novazione.

550. Dalla definizione che abbiamo premessa della novazione, si scorge facilmente che non può esservi novazione se non vi

sono due debiti, l' uno de' quali sia estinto dall' altro che vi è sostituito.

Da ciò ne segue che se il debito di cui vuolsi fare novazione per un' altra obbligazione è condizionale, non può aver luogo la novazione se non dopo verificata la condizione. Leg. 8, §. 1, ff. *de novat.*

Se pertanto la condizione non si verifica, non si potrà fare alcuna novazione per difetto di esistenza del primo debito, cui il nuovo abbia potuto sostituirsi.

Parimenti, se il debito condizionale di cui si è voluto far novazione con un' altra obbligazione era un debito di una cosa determinata che è perita prima dell' adempimento della condizione, non potrà farsi la novazione quand' anche venisse a verificarsi la condizione, perchè la condizione non potendo confermare il debito di una cosa che più non esiste, non è nemmeno mai esistito il primo debito, cui abbia potuto sostituirsi il nuovo.

551. *Vice versa* se il primo debito non era soggetto ad alcuna condizione, e la seconda obbligazione, per cui si è voluto far novazione da questo primo debito, di-

pende da una condizione, la novazione non potrà adempirsi, che coll' esistenza della condizione della nuova obbligazione prima dell' estinzione del vecchio debito.

Per questa ragione non può esservi novazione non solo nel caso in cui non si verificasse la condizione, ma nel caso anche, che prima dell'esistenza di questa condizione il primo debito fosse stato estinto, *puta* per l' estinzione della cosa che ne era l' oggetto; perchè l' esistenza della condizione non può operare la novazione di un debito che più non esiste. Leg. 14. ff. *de novationibus.*

552. Il semplice termine di pagamento è ben differente dalla condizione, perchè quantunque il termine non sia ancora scaduto, il debito non lascia per questo di esistere. Perciò può benissimo farsi la novazione di un debito di cui non è ancora scaduto il termine di pagamento con un' altra obbligazione pura e semplice; oppure di un debito puro e semplice con un altro non ancora maturato, ed avente un termine per il pagamento. Tanto nell' uno, che nell' altro caso la novazione si compie subito sen-

za aspettare la scadenza del termine. Leg. 5, leg. 8, §. 1, ff. *de novat.*

553. Egli è ben vero che è essenziale per la novazione che siansi contratti due debiti, l'uno precedentemente all'altro che si è sostituito; ma basta che il primo abbia preceduto il secondo di un solo istante, ed anzi può farsi la novazione del primo debito col secondo nello stesso momento in cui si contrae il primo.

Per esempio se voi mi vendete un fondo in prezzo di dieci mille lire, e nello stesso contratto un terzo, che voi accettate per vostro unico debitore, si obbliga in mia vece a pagarvi questa somma, si suppone in diritto che il debito da me contratto per il prezzo del fondo vendutomi, e di cui si fa novazione coll'obbligazione contratta dal terzo di pagare questa somma in mia vece, sia stato precedente, e benchè questo debito da me contratto non sia realmente esistito un momento, se ne fa ciò non ostante la novazione nell' istesso istante in cui fu contratto. Vedasi un altro esempio nella legge 8, §. 2, ff. *de novat.*

554. La novazione è valida qualunque sia

il primo debito cui se ne costituisce un nuovo, e qualunque sia quello che resta sostituito: *non interest qualis praecessit obligatio, seu civilis, seu naturalis; qualiscumque sit novari potest; dummodo sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter*; leg. 1, §. 1, ff. *de novat.*

Bisogna però che queste obbligazioni non siano di quelle formalmente riprovate e dichiarate nulle dalla legge, perchè ciò che è nullo non può sortire alcun effetto. Veggasi sopra. Part. 2, cap. 2.

ARTICOLO III.

Quali persone possono far novazione.

553. Il consenso che presta il creditore alla novazione di un debito, equivalendo in quanto all' estinzione del debito, al pagamento che gliene fosse fatto, ne viene di conseguenza, che quelli soltanto che possono validamente pagare, possono fare novazione di un debito. (*Cod. civ. art.* 1272).

Per la stessa ragione adunque, che non si può validamente pagare nelle mani di un minore, di una donna maritata senza l'auto-

rizzazione del marito, di un interdetto, si deve altresì ritenere che queste persone non possano far novazione di quanto è loro dovuto; leg. 3, leg. 20, §. 1, ff. *de novat.*

556. *Viceversa* quello cui può pagarsi un debito, può anche ordinariamente far novazione. *Cui recte solvitur, is etiam novare potest*; leg. 10, ff. *de novat.*

Da ciò ne segue che un creditor solidario può far novazione. Tale infatti è la decisione di Venulejo, leg. 31, §. 1, ff. *de novat. et delegat.*; e questa opinione mi sembra adottabile non ostante il sentimento contrario di Paolo nella legge 27, ff. *de pactis.* Gli interpreti si sono sforzati inutilmente di conciliar questi testi. Vedi il Wissembach al tit. *de novat.* 10.

557. Parimenti un tutore, un curatore, un marito possono far novazione, leg. 20, §. 1, leg. *ult* §. 1, ff. *de novationibus.*

Così pure può farlo un procurator generale del creditore. Quello all' incontro che non ha che una facoltà particolare per ricevere dai debitori non può farla, perchè essendo limitata a ricevere la di lui facoltà, *non debet egredi fines mandati*; lo stesso

deve dirsi di quelli che chiamansi *adjecti solutionis gratia*, di cui abbiamo parlato nel precedente capo, art. 2, §. 4. Benchè si possa fare validamente un pagamento nelle loro mani, non possono però queste persone far novazione, leg. 10, ff. *de solut.*

ARTICOLO IV.

In qual maniera deve farsi la novazione.

§. I.

Della formalità della novazione.

558. Secondo il diritto Romano la novazione non potea farsi che colla stipulazione. Questa formalità è abolita nel nostro diritto, e le semplici convenzioni hanno la stessa forza che avea nel diritto Romano la stipulazione, onde la novazione si fa attualmente colla semplice convenzione.

§. II.

Della volontà di far novazione.

559. E' necessaria per la novazione una volontà di farla nella persona del creditore o di quello che ha facoltà e qualità di farla in sua vece.

Questa volontà di far novazione, secondo l'antico diritto Romano, si presumeva facilmente; ma secondo la costituzione di Giustiniano che abbiamo nella legge ultima, Cod. *de novat.*, deve essere dichiarata espressamente; senza del che non può esservi novazione, e il secondo debito che si è contratto si reputa fatto piuttosto per confermare la prima obbligazione, e accedere ad essa, anzichè estenderla. (*Cod. civ. art.* 1273.)

La ragione di questa legge è che non si può così facilmente presumere che si voglia rinunciare ai proprj diritti. Ond' è che la novazione contenendo una rinuncia fatta dal creditore al primo suo credito, cui si sostituisce il secondo, non deve facilmente

presumersi e le parti devono spiegarsi espressamente.

Ciò non ostante secondo la nostra giurisprudenza non dobbiamo stare materialmente attaccati alla lettera di questa legge in guisa che sia sempre necessario che il creditore dichiari in termini precisi e formali, che intende di far novazione: basta che in qualsivoglia maniera risulti questa intenzione e risulti tanto evidente che non possa essere richiamata in dubbio. Questo è ciò che stabilisce d'*Argentré* nell'articolo 273, dell'antica consuetudine di Bretagna.

Eccone un esempio. Io sono creditore di Pietro di una somma di mille lire, e fo un contratto con Giacomo in cui questi si obbliga a pagarmi la somma di mille lire dovutami da Pietro, aggiungendo, *che per far piacere a Pietro* io mi sono accontentato di questa obbligazione incontrata da Giacomo verso di me. In questo caso si deve dire che vi è novazione, e che Pietro sia liberato dal suo debito, quantunque non siasi detto in termini precisi e formali che accettando l'obbligazione di Giacomo io abbia liberato Pietro, e fatta novazione del suo

debito, perchè i termini di cui mi sono servito, che *per far piacere a Pietro mi accontentavo* dell' obbligazione di Giacomo, danno a vedere abbastanza che io ho inteso di liberar Pietro, ed accontentarmi che Giacomo mi fosse debitore in sua vece.

Ma, a meno che non risulti evidentemente che il creditore ha avuto quest' intenzione di far novazione, la novazione non si presume. Se pertanto, supposto l'istesso caso, avendo io fatto un sequestro nelle mani di Giacomo per il fatto di Pietro mio debitore, l'istesso Giacomo si è obbligato con un atto pubblico puramente e semplicemente a pagarmi la somma di mille lire dovutami da Pietro, e per cui avevo proceduto al sequestro, senza che siasi aggiunto, come nel caso prima citato, che *per far piacere a Pietro io era contento dell'obbligazione di Giacomo*, o altra simile espressione che dia evidentemente a vedere la mia intenzione di liberar Pietro, non si potrà presumere che siasi fatta novazione alcuna, e Giacomo si reputa aver aderito all'istessa obbligazione di Pietro, che rimane tuttavia obbligato verso di me. Così

è stato giudicato con decisione del Parlamento di Tolosa riferita da Catelan, tomo 2, lib. 5, cap. 38.

Parimenti se dopo contratto il debito si è fatto qualche atto tra il creditore e il debitore con cui si fosse accordato un termine per il pagamento, oppure si fosse stabilito un altro luogo per il pagamento, o si fosse accordata la facoltà al debitore di pagare piuttosto a un' altra persona che al creditore, oppure di pagare un' altra cosa in vece di quella che è dovuta, o che il debitore siasi obbligato di pagare una somma maggiore, o che il creditore siasi limitato ad una minore; in tutti questi casi e altri simili, secondo il nostro principio, che la novazione non si presume, bisogna ritenere che non vi è novazione, ma che le parti hanno voluto soltanto modificare, diminuire, od accrescere il debito, anz che estinguerlo per sostituirvene un nuovo, se non si sono spiegate a questo proposito.

§. III.

Se la costituzione di una rendita per il prezzo di una somma dovuta dal costituente, contenga essenzialmente una novazione.

Quando in forza di una convenzione tra il creditore e il debitore di una somma di denaro, quest' ultimo ha costituito una rendita al creditore per la somma del debito, in questo caso si fa necessariamente una novazione? Molti pretendono che in questo caso non vi è novazione, se le parti non si sono spiegate, e con molto più di ragione quando hanno espressamente dichiarato nella costituzione di rendita, che non era loro intenzione di fare novazione alcuna. Pretendono essi, che coll' atto di costituzione di rendita il creditore non rilasci la quitanza della somma dovutagli, ma che soltanto acconsenta di non esigere questa somma finchè gliene vengono pagati gli interessi; per conseguenza che il debito antico sussista ancora benchè sotto una

nuova modificazione, vale a dire che da esigibile che egli era sia divenuto un debito di cui si è alienato il capitale, e che non si può più esigere finchè il debitore ne paga gli interessi. Questa opinione, secondo me, incontra però molte difficoltà. Primieramente è dell' essenza del contratto di costituzione di rendita, il quale è un contratto reale, che il costituente la rendita riceva il prezzo della costituzione. Se il mio debitore di una data somma, *puta* di mila lire, mi costituisce per questa somma cinquanta lire di rendita, è necessario che riceva la somma delle mila lire per il prezzo della rendita costituita, nè si può presumere che l' abbia ricevuta se non dietro la quitanza che io gli fo all' atto del pagamento della rendita da esso costituita. Tale costituzione adunque di rendita contiene essenzialmente una quitanza che io gli fo di questa somma, e una compensazione del debito della somma di cui ero creditore, con simile somma da me dovuta per il prezzo della rendita da esso costituita. Ora è evidente che questa quitanza, e questa compensazione estinguono il debito, e fanno una novazione.

Nè si può dire che il capitale della rendita costituita sia il mio credito antico di mila lire verso Pietro, che continua a sussistere sotto la nuova modificazione di capitale della rendita, in vece che prima era un credito esigibile, perchè oltre che colla costituzione di rendita è già stato estinto, come abbiamo testè veduto, il credito di una rendita, è propriamente il credito dei canoni che decorrono fino alla perpetuità, se non succede il riscatto, anzi che il credito del capitale, che non potendo esigersi non è propriamente dovuto, ed è *in facultate solutionis, magis quam in obligatione.*

Queste ragioni sembrano conchiudenti per poter decidere che un atto con cui il debitore di una data somma costituisce una rendita al creditore per la somma stessa, contiene essenzialmente una novazione, quando anche risultasse dall' atto stesso che le parti non hanno inteso di fare una novazione, perchè qualsivoglia protesta non può impedire l' essenziale e necessario effetto di un atto. Perciò mi sembra, che questa clausola non possa avere altro effetto, che

quello d'impedire la estinzione delle ipoteche del debito antico, e trasferirle al nuovo, come può farsi, secondo la legge 12, §. 5. ff. *qui potiores in pign.*

Ma benchè queste ragioni sembrino validissime per poter conchiudere che un debito esigibile, convertito in una costituzione di rendita, contiene essenzialmente una novazione, ciò non ostante l' opinione contraria ha avuto favorevole il voto degli autori, che si pretende autorizzata da due giudicati, che secondo egli avrebbero decisa la questione. Il primo che è dei 13 aprile 1683 è riferito nel Giornale di Palazzo, tomo 2.° dell' edizione in foglio.

Ecco il caso che ha dato luogo a questo giudicato. *Ligondez*, debitor solidario con *Sablon* della somma di sei mille lire, ne aveva costituita una rendita in nome proprio, promettendo anche per il fatto di *Sablon*, e si era fatto nel contratto la riserva della obbligazione ed ipoteche. Il creditore avendo citato in giudizio *Sablon* perchè divenisse al contratto di costituzione, o pagasse le sei mille lire, *Sablon* venne condannato. Da questa sentenza preten-

de il compilatore d' inferirne che sia stato giudicato che un debitore di una somma di denaro poteva costituire una rendita per questa somma senza che si faccia la novazione del suo debito. Ma io credo che siasi mal dedotta questa conseguenza, e che le rispettive eccezioni delle parti riferite nel suddetto giornale, non colpiscano il punto della decisione della causa. La ragione decisiva per cui *Sablon* venne con questa sentenza condannato a pagare o divenire al contratto di costituzione di rendita, sembrami essere quella, che *Ligondez* essendo divenuto al contratto tanto in proprio nome, che in quello di *Sablon*, e per conseguenza il creditore non avendo acconsentito alla conversione del suo credito delle sei mille lire in un contratto di costituzione, se non sotto la condizione, che il contratto sia sottoscritto da ambedue i suoi debitori, la conversione del credito delle sei mille lire in un contratto di costituzione, la novazione, e l' estinzione del credito che dovea risultarne, erano dipendenti da questa condizione; il rifiuto pertanto fatto da *Sablon* di devenire al contratto facendo mancare la condizione, non

vi è mai stata novazione, il credito sussisteva ancora, e *Sablon* venne ragionevolmente condannato con questa sentenza al pagamento.

L' altro giudicato è delli 6 settembre 1712, ed è riferito al sesto tomo del giornale delle udienze. Nel caso in disputa molte persone avevano incontrato solidariamente l'obbligazione di pagare una determinata somma, due delle quali avevano già realmente pagato il loro terzo per ciascheduna, essendosi il creditore riservata all'atto della ricevuta la solidarietà. *Lebegue* e *de Villemenard* avevano promesso con scrittura di divenire al contratto di costituzione di rendita per il terzo residuo, e si era detto nella scrittura *senza alcun pregiudizio della solidarietà*. Molto tempo dopo, il creditore citò *Montpensier* in giudizio, uno di quelli che avevano già pagato il loro terzo con riserva della solidarietà, perchè fosse condannato a pagare il restante, o a sottoscrivere il contratto di costituzione; e intervenne sentenza che ne lo ha condannato. Dunque è stato giudicato, dicono questi autori, che un contratto di costituzione di

rendita fatto da un debitore per la somma da esso dovuta non importa necessariamente la novazione ed estinzione del primo debito, altrimenti *Montpensier* nel caso proposto condebitore solidario della somma di residuo debito, e per cui era stata costituita la rendita sarebbe stato liberato da questo debito colla costituzione di rendita, e la sentenza non lo avrebbe condannato a pagare.

Io non so a qual ragione siano appoggiati i motivi di questa sentenza, ma per conservare i principj si potrebbe dire, che con detta sentenza non si è giudicato ciò che vorrebbe inferirsene, ma che piuttosto si è giudicato che colla clausola di riserva della solidarietà era da presumersi che il creditore avesse apposto alla convenzione del suo credito in un contratto di constituzione di rendita questa condizione, che cioè tutti i debitori solidarj del debito intervenissero al contratto di constituzione, e che in conseguenza il rifiuto di *Montpensier* facendo mancare la condizione, il credito aveva ancora il suo primo vigore.

§. IV.

Della necessità che il nuovo debito sia in qualche maniera differente dall' antico.

560. Quando si fa una nuova convenzione tra l'istesso creditore e l' istesso debitore senza l' intervento di alcun altro, non ostante che siasi espressamente dichiarato nell' atto contenente la nuova obbligazione che le parti intendono di far novazione, per la di lei validità riesce però indispensabile che quest' atto diversifichi in qualche maniera dalla prima obbligazione che si è contratta, sia nella qualità della obbligazione, come se la prima era determinata e la seconda alternativa, o vice versa, sia negli accidenti accessorj, come sono il tempo e il luogo del pagamento, così pure è una differenza sufficiente se la prima obbligazione fosse stata contratta colla sigurtà di un terzo, o sotto l'ipoteca de' miei beni, e che la seconda sia senza sigurtà e ipoteca, o viceversa.

Se la nuova obbligazione contratta senza l'inter-

l'intervento di una nuova persona non diversifica in niente dalla prima, è chiaro che è contratta inutilmente. Vedi il titolo della istituzione, *Quib. mod. toll. oblig.* §. 4.

561. Se la novazione si fa coll'intervento di un nuovo debitore o di un nuovo creditore, la differenza del creditore o debitore è sufficiente per rendere utile la novazione, senza che sia necessario l'intervento di alcun altra persona.

§. V.

Se per la novazione sia necessario il consenso del primo debitore.

562. La novazione che si fa coll'intervento di un nuovo debitore può farsi tra il creditore e questo nuovo debitore, senza che il primo, il di cui debito deve estinguersi colla novazione, ne sia partecipe, e vi acconsenta. *Liberat me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.* L. 8, §. 5, ff. *de novat.* (*Cod. civ. art.* 1274). La ragione si è che la novazione, riguardo al primo de-

bitore, null'altro contiene che l'istituzione del suo debito per il nuovo che si contrae dal terzo in sua vece; ora si può ben pagare il debito di un altro senza che questo vi acconsenta, come abbiamo già veduto nel precedente capo: *Ignorantis enim, et inviti conditio melior fieri potest*. L. 53, ff. *de solut.*

ARTICOLO V.

Dell' effetto della novazione.

563. L' effetto della novazione si è, che il primo debito rimane estinto nella stessa maniera che lo sarebbe in forza di un pagamento reale.

Se uno di più debitori solidarj contrae da per se solo una nuova obbligazione verso il creditore per far novazione del primo debito, rimanendo questo estinto colla novazione, come in forza di un pagamento reale, tutti gli altri condebitori solidarj sono al pari di lui liberati. Ugualmente nella stessa guisa che l'estinzione dell'obbligazion principale trae seco quella di tutte le obbligazioni accessorie, così la novazione che si

fa del debito principale estingue anche tutte le obbligazioni accessorie, come quella dei fidejussori. (*Cod. civ. art.* 1281.)

Volendo il creditore conservare l'obbligazione degli altri debitori e de' fidejussori, bisognerebbe apporne per condizione alla novazione il consenso de' condebitori e fidejussori al nuovo debito; nel qual caso, non volendo essi acconsentirvi, non vi sarebbe più novazione, e il creditore conserverebbe il suo credito antico (*Cod. civ. ivi*).

Dal principio che la novazione estingue il debito antico, ne viene anche di conseguenza che ne estingue le ipoteche ad esso accessorie: *Novatione legitime facta liberantur hipothecae.* Leg. 18, ff. *de novat.*

Ma il creditore può trasferire al secondo debito, nell'atto istesso che contiene la novazione, le ipoteche che erano inerenti al primo. Leg. 12, §. 5, ff. *qui potior.* (*Cod. civ. art.* 1278.)

Se per esempio con atto del 1750 voi aveste ricevuta da me in imprestito una somma di mille lire sotto l' ipoteca de' vostri beni, e che in forza di un altro atto tra noi due avvenuto nel 1760 voi aveste con-

tratta verso di me una nuova obbligazione, e siasi convenuto che mediante questa nuova obbligazione voi sarete liberato da quella del 1750, *di cui le parti hanno inteso di far novazione colla riserva però delle ipoteche*, io avrei conservato in virtù di questa clausola il mio grado di ipoteca per il nuovo credito dal giorno della data dell'antico. Leg. 3, leg. 21, ff. *d. tit.*

Notisi però che qualora il nuovo credito fosse maggiore del primo, io non avrei conservato il mio grado d' ipoteca che fino alla concorrenza della somma dovutami in forza dell' atto del 1750, non dovendo questa traslazione d' ipoteche dal credito antico al nuovo pregiudicare in verun conto i creditori intermedj.

E notisi pure che questa traslazione di ipoteche dal credito antico al nuovo non può farsi che col consenso della persona cui spettano le cose ipotecate. Nel caso testè citato essendo voi stato parte all'atto in cui si è stipulata la riserva delle ipoteche, è chiaro che avete prestato il vostro consenso a questa traslazione. Ma se fosse un terzo che si è obbligato verso di me coll' atto

del 1760 a pagarmi la somma da voi dovuta in forza dell' atto del 1750, nonostante che si fosse detto, che mediante questa obbligazione rimane estinto il debito del 1750, *colla riserva però delle ipoteche*; quantunque la novazione possa farsi senza il vostro intervento, la traslazione però della ipoteca dei vostri beni, inerente al vostro debito del 1750, non può farsi sul nuovo debito del 1760 se voi non intervenite all' atto per approvarla, non potendo il nuovo debitore, cui non appartengono le cose ipotecate, ipotecarle per il nuovo debito senza di voi che ne siete il proprietario. Tale è la decisione di Paolo nella legge 30, ff. *de novat. Paulus respondit, si creditor a Sempronio, animo novandi stipulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum discederetur, rursum easdem res a posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris, obligari non posse.* (*Cod. civ. art.* 1279.)

Secondo gli stessi principj, se uno di più debitori solidarj contrae verso il creditore una nuova obbligazione, e siasi convenuto nell' atto stesso, che le parti hanno inteso di far novazione del primo debito, *colla*

riserva però delle ipoteche, questa riserva non può aver effetto che per l'ipoteca dei beni del debitore contraente il nuovo debito, non già per l'ipoteca de' beni degli altri condebitori, non potendo i loro beni essere ipotecati senza il loro consenso per un nuovo debito.

Qualunque riserva poi faccia il creditore nell'atto contenente la novazione, i fidejussori del debito antico non possono essere obbligati per il nuovo, se non vi acconsentino espressamente.

ARTICOLO VI.

Della Delegazione.

§. I.

Cosa sia delegazione, e in qual maniera si faccia.

564. La delegazione è una specie di novazione, in forza di cui l'antico debitore, per liberarsi verso il suo creditore, gli offre un terzo che si obbliga in sua vece verso

lui medesimo o verso la persona da esso indicata.

Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit. Leg. 11, ff. *de novat.*

Da questa definizione si può dedurre che la delegazione si fa col concorso di tre persone, ed alcune volte coll'intervento anche di una quarta.

1.° E' necessario il concorso del delegante, vale a dire del debitore antico, che dà al creditore un nuovo debitore in sua vece.

2.° Del delegato che si obbliga in vece dell'antico debitore verso il creditore, o verso la persona da esso indicata.

3.° Del creditore che in conseguenza dell'obbligazione contratta dalla persona delegata verso di lui, o verso la persona da esso indicata, viene a liberare il delegante.

Nella delegazione interviene anche alcune volte una quarta persona, quella cioè indicata dal creditore, e verso cui sull'indicazione del creditore, e dietro l'ordine del delegante, si obbliga la persona delegata.

Perchè vi sia la delegazione è necessario che sia bene espressa nel creditore la volontà di liberare il primo debitore, e di accontentarsi della obbligazione di questo nuovo debitore, che si obbliga in vece del primo. Perciò se Pietro, uno degli eredi del mio debitore, per liberarsi da un canone verso di me, con un atto di divisione ne ha addossato a Giacomo di lui coerede il pagamento, non può esservi delegazione, e Pietro non sarà liberato verso di me, se non ho formalmente dichiarato in qualche atto di liberarlo; altrimenti non ostante che abbia ricevuto il canone dal solo Giacomo, durante anche un tempo considerabile, non si potrà perciò conchiudere che io lo abbia accettato per mio solo debitore in vece di Pietro, e che abbia inteso di liberare quest'ultimo. Leg. 40, §. 2, ff. *de pactis.*

(La delegazione non opera la novazione se non qualora il creditore abbia espressamente dichiarato che intendeva di liberare il debitore che ha fatta la delegazione. *Cod. civ. art.* 1275.)

§. II.

Dell' effetto della delegazione.

565. La delegazione contiene una novazione, l'estinzione cioè del debito del delegante, e l'obbligazione che contrae il delegato in sua vece. Ordinariamente la delegazione contiene anche una novazione duplice, perchè ordinariamente il delegato è un debitore del delegante, il quale per liberarsi dalla sua obbligazione verso il delegante, contrae dietro l'ordine del delegante una nuova obbligazione verso il creditore del delegante stesso. In questo caso si fa novazione e dell' obbligazione del delegante verso il suo creditore, a cui il delegante dà un altro debitore in sua vece, e dell'obbligazione del delegato verso il delegante in conseguenza di quella dal primo contratta dietro l'ordine del delegante verso il di lui creditore.

566. Se il delegato non era debitore del delegante, non ostante che siasi obbligato in sua vece verso il di lui creditore, che

nella falsa persuasione di essere realmente debitore, l'obbligazione da esso contratta verso questo creditore non cesserebbe di essere valida, nè potrebbe esimersi dal pagamento, salvo ad esso il diritto di poter rivolgersi contro il delegante perchè sia tenuto a reintegrarlo. Il creditore che in forza dell'obbligazione contratta dal delegato verso di lui non ha fatto che esigere ciò che gli era dovuto dal primo debitore, non deve soffrire per quest'errore: *Si per ignorantiam promiserit, nulla quidem exceptione uti poterit adversus creditorem, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur condictione.* L. 12, ff. *de novat.*

Non potrebbe però dirsi lo stesso, se quello, verso cui si è obbligato il delegato, non era creditore del delegante, sia perchè il delegante fosse in errore egli stesso, ed abbia creduto di essere debitore, sia che abbia voluto fargliene donazione. Tanto nell'uno che nell'altro caso il delegato che si è obbligato per errore nella falsa persuasione di essere debitore del delegante, non si sarà obbligato validamente, e potrà esimersi dal pagamento ogni qual volta venga

l'errore a scoprirsi. L 7, ff. *de doli except.* L. 2, §. 4, ff. *de donat.*

La ragione di questa differenza si è che quello verso cui si è obbligato il delegato, *certat de lucro captando*; quando all'incontro il delegato che si è obbligato verso di lui per errore, *certat de damno vitando*. Ora la legge deve piuttosto soccorrere a quello che *certat de damno*, che a quello che *certat de lucro*. Perciò non solo deve essere liberato dalla sua obbligazione contratta per errore, ma gli si deve anche accordare la ripetizione di ciò che avesse in conseguenza pagato secondo l'altra regola di diritto. *Melius est favere repetitioni quam adventitio lucro*. Al contrario nel precedente caso il creditore verso cui si è obbligato il delegato, *versaretur in damno*, qualora il delegato venisse ad essere liberato dalla sua obbligazione.

567. Se il delegato non si obbliga che sotto una condizione, tutto l'effetto della delegazione rimane insospeso fino all'adempimento della condizione, e per la stessa ragione che in questo caso l'obbligazione del delegato dipende dall'avvenimento della

condizione, dipende ugualmente dall'avvenimento della condizione istessa che il delegante sia liberato dalla sua obbligazione, la quale non può essere estinta che in forza della nuova obbligazione del delegato che deve essere costituito in di lui vece. Parimenti dipende da questa condizione l'obbligazione del delegato verso il delegante, perchè il delegato non può essere obbligato verso il delegante, se non qualora siasi obbligato in di lui vece verso il creditore.

Ma quantunque il delegato non sia liberato verso il delegante fino all'avvenimento di questa condizione, ciò non ostante il delegante, dietro l'ordine del quale il delegato si è obbligato sotto condizione, non può farlo convenire in giudizio fino alla scadenza del termine della condizione, perchè fino a tanto che può ancora verificarsi, è incerto se rimarrà obbligato verso di lui, o verso il nuovo creditore: così decide la legge 36, ff. *de rebus cred.*

§. III.

Se il delegante sia risponsale per la insolvibilità del delegato.

568. Ordinariamente quando il delegato si è obbligato validamente verso il creditore cui è stato delegato, il delegante rimane pienamente liberato verso il creditore, che non può contro di esso rivolgersi qualora il nuovo debitore delegato diventasse insolvibile; perchè accettando la delegazione si è accontentato della solvibilità del debitore delegato; *nomen ejus secutus est.*

A questo principio si fa però un' eccezione nel caso che si fosse convenuto che il delegante darebbe *a suo rischio* un nuovo debitore in sua vece. In questo caso, Paolo decide che il creditore può agire contro il delegante *actione mandati contraria*, ond'essere indennizzato della somma di cui non ha potuto essere pagato per l'insolvibilità del nuovo debitore delegato; perchè quando sull'istanza del mio debitore antico io accetto in sua vece un nuovo debitore a suo

rischio, si fa tra noi due un contratto di mandato; io sono un mandatario accettando la delegazione, e devo per conseguenza essere risarcito del danno che risento per averlo accettato: ora questo danno consiste nella somma di cui non ho potuto essere pagato dal debitore delegato; dunque il delegante deve indennizzarmi per questa somma.

Notisi però che a quest'oggetto è indispensabile che non mi si possa imputare di avere ommesse le diligenze che avrebbero potuto procurarmi il pagamento nel tempo che il debitore delegato era ancora solvibile, perchè in questo caso non sono stato pagato per mia colpa; e secondo le regole del contratto di mandato, il mandatario non ha alcuna azione per essere indennizzato di ciò che ha sofferto per propria colpa. *Venit in actione mandati quod mandatario ex causa mandati abest inculpabiliter.*

Siccome non è la delegazione per se stessa che rende risponsabile il delegante per l'insolvibilità del debitore delegato, ma bensì il contratto di mandato che si suppone interventuto tra il delegante e il creditore,

spetta al creditore che pretende di servirsi di questo contratto di mandato, il dimostrare per iscritto, che è intervenuto, ed ha accettata la delegazione unicamente a rischio del delegato. Questa convenzione non si suppone (ma deve essere espressa. *Cod. civ. art.* 1276). Così è stato giudicato con decisione riferita da Bouvot.

Cujaccio ne' suoi commenti alla legge 26, §. 2, ff. *mand. ad lib.* 33, *Paul. ad edic.* fa una seconda eccezione al nostro principio, cioè che quantunque la delegazione non sia stata fatta a rischio del delegante, se però all' epoca della delegazione erasi già verificata la insolvibilità del debitore delegato, ma ignorata dal creditore, il delegante dovrebbe esserne risponsale. Questa decisione di Cujuccio è appoggiata alla equità. La delegazione contiene una convenzione fra il delegato e il creditore della classe di quelle che interessano ambedue le parti, e in cui ciascuno intende di ricevere altrettanto di quello che dà. L' equità di queste convenzioni consiste nella eguaglianza, e diventano inique quando una delle parti dà più di quello che riceve. Secondo questi principj adunque la

delegazione che voi mi fate di un credito di mille lire dovutevi da Pietro che è insolvibile in vece di una ugual somma di cui voi siete debitore verso di me, è manifestamente iniqua, perchè in forza della medesima voi ricevete la remissione del vostro debito, e questa remissione ha un valor reale ed effettivo di mille lire, e voi in vece per questo valore di mille lire che ricevete da me mi date un credito verso un debitore insolvibile, che ha nessuno, o presso che nessun valore; per riparare adunque l'iniquità della convenzione è neccesssario che voi siate risponsale verso di me per la insolvibilità di questo, che unicamente per errore io ho accettato come debitore in vostra vece.

Non potrebbe però dirsi lo stesso, qualora all'epoca della delegazione di questo debitore, che voi mi avete fatta in vostra vece, la insolvibilità fosse stata a me nota. In allora la delegazione non contiene una convenzione della classe di quelle che interessano ambedue le parti, ma bensì un benefizio che io ho voluto farvi accettando in vostra vece questo debitore comunque insolvibile;

ne

nè voi mi avete fatta alcuna ingiuria, avendolo io accettato con piena cognizione di causa: *Volenti non fit injuria.*

Despeisses rigetta la opinione di Cujaccio, e pretende che a meno che non siasi espressamente convenuto che il delegante delegava a suo proprio rischio, *suo periculo,* il creditore non possa giammai querelarsi per la insolvibilità del debitore che gli è stato delegato e che è stato contento di accettare, non fatto caso di qualunque ignoranza che fosse per allegare in di lui favore. La sua ragione è che altrimenti la delegazione non potrebbe giammai avere l'effetto di liberare il delegante, che è un effetto che deve avere di sua natura, potendo sempre il creditore allegare ch' esso ignorava l' insolvibilità del debitore che gli è stato delegato.

Queste ragioni possono nel foro esterno far prevalere questa ultima opinione a quella di Cujacco; ma nel foro interno della coscienza essa mi pare indubitata.

(Secondo il Codice civile, affinchè il delegante sia risponsabile per la insolvibilità del delegato, bisogna che questi fosse già

apertamente fallito o prossimo al fallimento all' epoca della delegazione. Art. 1276).

§. IV.

Differenza tra la delegazione, la cessione e la semplice indicazione.

569. Ci rimane da osservare che la delegazione è in qualche maniera differente tanto dalla cessione che dalla semplice indicazione.

La cessione che fa il creditore ad alcuno del suo credito, non contiene novazione alcuna, ma è lo stesso credito che passa dal cedente al cessionario, il quale, propriamente parlando, non è che il *procurator in rem suam* del creditore che glielo ha ceduto. D' altronde questa cessione non si fa che tra due persone, il cedente cioè, e il cessionario, senza bisogno che intervenga il consenso del debitore.

Di questa cessione noi ne abbiamo già parlato nel nostro Trattato *del contratto di vendita, part. 6, cap. 3.*

Anche la novazione è diversa dalla semplice indicazione.

Se io indico al mio creditore una persona

da cui riceverà il pagamento della somma da me dovutagli e sulla quale per questo oggetto io gli do una rescrizione, quest'atto non contiene che un semplice mandato, non già una cessione o una novazione, perchè io rimango sempre debitore verso il mio creditore; nè la persona da me indicata, e su cui io gli ho data una rescrizione, può divenir debitrice in mia vece.

Parimenti se il creditore indica al suo debitore una persona cui potrà eseguire il pagamento, questa indicazione non contiene alcuna novazione, nè il debitore diventa debitore verso la persona cui gli si è indicato di fare il pagamento, ma rimane sempre debitore verso l'indicante. Su questa sorta d' indicazione, vedi sopra al cap. 1, art. 2, §. 4. (*Cod. civ. art.* 1277).

§. V.

Della oessione dei beni.

(Il Codice civile annovera la cessione dei beni fra i diversi modi di pagamento.

La cessione dei beni non è altro che l'abbandono fatto dal debitore di tutti i

suoi beni ai suoi creditori, allorchè egli trovasi impotente di pagare i proprj debiti. *Cod. civ. art.* 1265.)

La cessione de' beni distinguesi in volontaria e giudiziaria.

La prima è quella che i creditori accettano volontariamente. Essa non produce altro effetto che quello risultante dalle stipulazioni istesse del contratto avvenuto tra essi e il debitore.

Se i creditori ricusano la cessione offerta dal debitore, la legge li obbliga ad accettarla, e loro proibisce di convenire il debitore in giudizio, constando però d'altronde che la sua condotta fu inreprobabile, e che reali disgrazie, che non possono attribuirsi a veruna di lui colpa, furono la causa che lo ridusse alle estremità in cui trovasi.

La cessione giudiziaria non è già un pagamento reale; la proprietà dei beni ceduti non passa ai creditori, ma hanno soltanto il diritto di farli vendere a loro favore, o di percepirne i frutti fino alla vendita.

Essa non libera il debitore che fino alla concorrenza del valore dei beni ceduti, e

i creditori per il residuo loro credito conservano le loro ragioni sui beni che il debitore potrà in seguito acquistare. (*Cod. civ. art.* 1268. e *seg.*)

CAPO III.

Della rimessione del debito.

570. La rimessione del debito che fa il creditore è anche questa un modo cón cui si estinguono le obbligazioni, perchè libera di pieno diritto.

ARTICOLO PRIMO.

In qual maniera si faccia la rimessione del debito.

§. I.

Se la rimessione del debito possa farsi con una semplice convenzione.

571. Secondo i principj del diritto romano vi era una differenza a questo proposito tra le obbligazioni civili risultanti dai contratti consensuali, e che si contraevano

col solo consenso delle parti, e le obbligazioni civili risultanti dai contratti reali o dalla stipulazione. Riguardo alle prime che si contraevano col solo consenso delle parti, la remissione poteva farsi con una semplice convenzione, in forza della quale il creditore avesse convenuto col suo debitore di liberarlo; e questa convenzione estingueva l'obbligazione *ipso jure*. L. 35, ff. *de reg. juris*. Riguardo alle altre obbligazioni civili per cui la remissione fatta dal creditore al debitore potesse estinguere l'obbligazione *ipso jure*, era necessario di ricorrere alla formalità della *accettilazione*, o *semplice*, quando l'obbligazione risultava da una stipulazione, o *aquilia*, quando risultava da un contratto reale. Vedi il titolo tanto nelle istituzioni, che nelle pandette *de acceptil.* La semplice convenzione con cui il creditore avesse convenuta la liberazione del debitore non estingueva queste obbligazioni di pieno diritto, ma dava soltanto al debitore una eccezione o motivo d'inammissibilità contro l'azione del creditore che contro la fede della convenzione avesse domandato il pagamento del debito.

Questa distinzione e queste sottigliezze non sono più ammesse nel nostro diritto francese: noi non conosciamo la formalità dell'accettilazione, e tutti i debiti, qualunque siano, e in qualsivoglia maniera siansi contratti, si estinguono di pieno diritto in forza di una semplice convenzione di remissione tra il creditore e il debitore purchè il creditore abbia la disponibilità dei propij beni, e il debitore non sia una di quelle persone cui la legge proibisce al creditore di far donazione.

Perciò tutto quello che si dice nel titolo delle pandette *de accept.* riguardo alla forma dell' accettilazione non è in verun conto applicabile nel nostro diritto francese, e segnatamente che l'accettilazione non possa farsi sotto condizione, come stabilisce la legge 4, ff. *de acceptil.*

Secondo i nostri principj nulla impedisce che un creditore possa far dipendere da una condizione la remissione che esso fa; e l'effetto di questa remissione si è di rendere il debito condizionale come se fosse stato contratto sotto una condizione contraria.

§. II.

In qual caso si presuma la rimessione tacita.

572. La rimessione del debito può farsi non solo con una convenzione espressa, ma eziandio con una tacita che risulta da certi fatti che la fanno presumere. Per esempio, se il creditore ha restituito al debitore il suo vaglia o scritto di obbligazione, si presume che gli abbia rimesso il debito. *Si debitori meo reddiderim cautionem videtur inter nos convenisse ne peterem.* L. 2, §. 1, ff. *de pactis* (*Cod. civ. art.* 1282.)

Se il vaglia fosse stato sottoscritto da più debitori solidarj, e il creditore l'avesse restituito soltanto ad uno di essi, alcuni dottori citati dal Bruneman, legge 2, ff. *de pactis*, hanno opinato che la restituzione del vaglia non dovesse in questo caso far presumere che una liberazione personale del debito che il creditore ha voluto accordare a quello a cui ha restituito il vaglia. Io penso all'opposto che si debba presumere che egli ha inteso di rimettere ed

estinguere il debito intieramente, perchè se non avesse voluto liberare che uno dei debitori, avrebbe ritenuto presso di se il vaglia che gli era necessario per far pagare gli altri. (Il Codice civ. ha adottato l'opinione dell' autore, *art.* 1284.)

573. Il possesso del vaglia che ha il debitore fa egli presumere che il creditore glie lo abbia restituito? *Boiceau* dietro alcuni antichi dottori fa una distinzione. Dice egli che se il debitore allega di aver pagato il possesso che ha del vaglia fa presumere il pagamento, e che gli sia stato restituito come pagato, a meno che il creditore non provi il contrario. Ma se allega che il creditore gli ha rimesso il debito, il possesso che ha del vaglia non è secondo lui sufficiente, e deve provare che il creditore gli ha volontariamente rimesso e restituito il vaglia, perchè la rimessione è una donazione che non si presume secondo la regola, *Nemo donare facile praesumitur*; e perchè d' altronde è una convenzione che a norma della legge deve farsi per iscritto. Io non credo abbastanza solida questa distinzione, e penso che debbasi decidere

indistintamente che il possesso che ha il debitore del vaglia deve far presumere che gli sia stato restituito dal creditore, o come pagato, o come rimesso, a meno che il creditore non giustifichi il contrario; *puta*, che il vaglia gli è stato rubato. E inutilmente si vorrebbe opporre che la donazione non si presume, perchè con ciò s' intende di dire che non si presume facilmente, e senza un motivo sufficiente per poterla presumere; ora, secondo la citata legge, vi ha un motivo sufficiente per presumere la donazione e remissione del debito quando il creditore ha restituito il vaglia al debitore; e questo possesso del vaglia che ha il debitore deve altresì far presumere che gli sia stato restituito, essendo questo il mezzo naturale con cui il possesso ha potuto trasferirsi dalle mani del creditore in quelle del debitore. Nè è migliore l' argomento tratto dall' ordinanza e dal Codice civile, che prescrivono che le convenzioni il cui oggetto eccede le cento cinquanta lire, debbano provarsi per iscritto. L' ordinanza ed il Codice civile non hanno voluto con ciò escludere che la prova testimoniale, non

già le presunzioni risultanti da' fatti ammessi dalle parti.

Più plausibile si è la distinzione di *Boiceau* sulla qualità della persona. Se il debitore fosse stato l'agente o un altro domestico del creditore alla portata di impossessarsi del vaglia, il possesso non potrebbe essere una presunzione sufficiente nè della remissione, nè del pagamento del debito. Lo stesso dicasi se fosse stato un vicino, presso cui il creditore avesse portato i suoi effetti in caso d' incendio.

Ciò che si è detto riguardo a un vaglia, o scritto di obbligazione non deve estendersi alla copia di un contratto di costituzione o di una obbligazione di cui esiste l' originale minuta. Quantunque questa copia si trovi nelle mani del debitore, non ne risulta una presunzione sufficiente di remissione o pagamento del debito, a meno che non vi concorrano altre circostanze, perchè l' originale minuta che non è quitata, ed esiste presso il notajo, è sempre un appoggio per il creditore a cui la copia ha potuto essere derubata, o che confidandosi nell' originale ha forse rimessa ed affidata

all'istesso debitore. (La consegna volontaria della copia autentica in forma esecutoria del titolo fa presumere la rimessione del debito, o il pagamento, senza pregiudizio però della prova in contrario. *Codice civ. art.* 1283.)

574. La restituzione fatta dal creditore al debitore delle cose che avea da lui ricevute in pegno del suo debito, non basta essa pure a far presumere nè la rimessione, nè il pagamento del debito, leg. 3, ff. *de pactis*, perchè con ciò è probabile che il creditore abbia avuto soltanto la intenzione di rimettere il pegno e non il debito. (*Cod. civ. art.* 1286.)

575. Un creditore si presume che abbia rimessa la solidarietà a' suoi debitori solidarj, quando gli ha ammessi a pagare soltanto la loro quota. *Vedi sopra il n.*° 277 *e seg.*

576. Se dopo fatto un contratto sinallagmatico, e prima che sia eseguito tanto da una parte che dall'altra, interviene fra noi due una nuova convenzione in cui si dice che io vi libero dal contratto, si presume che voi parimenti mi abbiate liberato dalla

reciproca obbligazione che avevo contratta verso di voi. Se per esempio dopo che voi mi avete venduta una cosa facciamo una convenzione con cui io vi libero dalla vendita che mi avete fatta, si presume egualmente che voi mi abbiate liberato dal pagamento del prezzo. Leg. 23, ff. *de acceptil.*

577. La mancanza di riserva di un debito nella quitanza che fa il creditore di un altro debito non costituisce una presunzione della rimessione del debito di cui non si è fatta riserva. Leg. 29, ff. *de oblig. et act.*

Parimenti se in un conto fra due parti che erano in relazione di commercio tra loro, una di esse non ha compreso un articolo di credito che avea contro l'altra, non ne può risultare alcuna presunzione della rimessione di questo credito; ma si presume all'opposto che sia un'ommissione fatta per mera dimenticanza, che non impedisce al creditore di pretendere il suo credito nulla ostante il conto in cui non è stato compreso.

Ciò nulladimeno si può dedurre una presunzione della rimessione del debito non

compreso ne' conti, concorrendo tre circostanze: 1.° che il creditore e il debitore fossero uniti per vincolo di sangue, o di strettissima amicizia; 2.° che tra le parti non siasi fatto un sol conto, ma molti, in alcuno de' quali il debito non sia stato compreso; 3.° finalmente che il creditore sia morto prima di averne fatta la dimanda. Dal concorso di queste circostanze, Papiniano ne deduce una presunzione sufficiente della remissione del debito, e lo decide nella celebre legge *Procula* 26, ff. *de probat.*

§. III.

Se la remissione possa farsi senza convenzione, e per la sola volontà del creditore.

578. Abbiamo già veduto che la remissione di un debito può farsi validamente in forza di una convenzione o espressa o tacita tra il creditore e il debitore: alcuni autori pensano anche che possa farsi per la sola volontà del creditore, che dichiara di rimettere il debito, purchè sia capace di disporre de' proprj beni. Tale si è l'opinio-

ne di Barbeirac ne' suoi commenti al Puffendorf. La sua ragione è che chiunque ha la libera disposizione de' proprj beni può rinunciare per la semplice sua volontà ai diritti che gli appartengono, e rinunciando viene a perderli totalmente. Paolo nella legge 2, §. 1, ff. *Pro derelicto*, decide espressamente, che per la sola nostra volontà noi possiamo rinunciare e perdere il diritto di dominio su di una cosa corporale che ci appartiene. Per la stessa ragione adunque colla semplice nostra volontà noi possiamo rinunciare al diritto di credito che abbiamo contro il nostro debitore; e siccome non può esistere un debito senza un diritto di credito a favore di quello verso cui si è contratto, così la rinuncia e la cessione che fa il creditore del suo diritto di credito trae seco necessariamente l'estinzione del debito.

Secondo questi principj se un creditore d' Orleans scrive al suo debitore in Marsiglia una lettera, in cui lo avverte che gli fa la remissione del suo debito, quantunque il debitore sia morto dopo scritta la lettera, ma prima che gli sia arrivata, cosicchè

non si possa dire che sia intervenuta una convenzione tra esso e il suo creditore; ciò non ostante bisogna decidere, secondo il principio di Barbeirac, che il debito è estinto, e che il creditore, che con questa lettera ha dichiarata la sua volontà di rinunciare al credito, non deve essere più ammesso a farne la dimanda agli eredi del debitore.

Io non credo però che questa opinione di Barbeirac possa essere adottata in pratica. Supponendo un caso metafisico, io sarei volentieri dello stesso parere, che quando un creditore avesse una volontà assoluta di rinunciare il suo diritto di credito, questo sarebbe estinto per questa sola volontà; ma quando un creditore dichiara di voler rimettere il debito al suo debitore, non si deve supporre in lui questa volontà assoluta di rinunciare al suo credito, ma piuttosto di voler farne donazione al suo debitore. Ora siccome ogni donazione esige l' accettazione per parte del donatario, si deve presumere che il creditore non ha inteso di rinunciare a' suoi diritti, se non quando la rimessione e la donazione che

intende di fare col suo debitore, fossero state perfezionate coll' accettazione del debitore. Perciò nel proprio caso io credo, che debba decidersi contro il principio di Darbeirac, che la rimessione di un debito risultante da una lettera non deve avere alcun effetto, qualora il debitore, cui si era fatta la rimessione, fosse morto prima di essergli pervenuta la lettera stessa.

Quand' anche poi il principio di Darbeirac dovesse essere adottato, non potrebbe esserlo che nel caso di una rimessione pura e semplice: se è fatta sotto alcune condizioni, è evidente che non può avere alcun effetto prima che il debitore abbia accettate le condizioni stesse.

§. IV.

Se la rimessione possa farsi in parte.

579. La rimessione di un debito può farsi in tutto o in parte. Le leggi romane eccettuavano, riguardo all' accettilazione, il caso in cui la cosa dovuta non fosse stata suscettibile di divisione. Per esempio se io

mi fossi obbligato verso di voi ad imporre un dato peso di servitù sul mio fondo in vantaggio del vostro, l'accettilazione di questo debito non poteva farsi in parte. Leg. 13, §. 1, ff. *de acceptil.* Ma presso di noi nulla impedisce che un tale debito non possa essere rimesso in parte, *puta*, la metà, il terzo ec., e l'effetto di questa rimessione sarebbe che voi non potreste pretendere questo diritto di servitù, se non rimborsandomi la metà o il terzo del prezzo ec.

Articolo II.

Delle differenti specie di rimessione.

Si possono distinguere due differenti specie di rimessione, che un creditore può fare del suo credito, la prima che dicesi *rimessione reale*; la seconda *liberazione personale*.

§. I.

Della rimessione reale.

580. La rimessione reale si verifica quando il creditore dichiara di avere per estinto il debito, o ne rilascia una quitanza come se ne avesse ricevuto il pagamento, benchè non lo abbia ricevuto.

Questa rimessione equivale al pagamento, e fa che la cosa non è più dovuta, liberando per conseguenza tutti quelli che ne erano debitori, giacchè quando non è più dovuta alcuna cosa, non possono esservi nemmeno i debitori.

§. II.

Della liberazione personale.

581. La rimessione o liberazione personale è quella, con cui il creditore libera semplicemente il debitore dalla sua obbligazione. Questa liberazione in fatti *magis eximit personam debitoris ab obligatione*;

quam extinguit obligationem. Essa non estingue il debito che indirettamente, qualora il debitore a cui è accordata fosse il solo debitor principale, giacchè non può esistere un debito senza il debitore.

Ma se vi sono due o più debitori solidarj, la liberazione accordata all' uno non estingue il debito, ma libera soltanto quello a cui è accordata, non già il suo condebitore. Ciò nondimeno, per la parte di quello a cui è accordata, il debito è estinto, e l' altro non rimane obbligato che per il rimanente. La ragione è che se ciascuno è obbligato per il totale non è che sotto condizione che il creditore debba cedergli le sue ragioni ed azioni contro gli altri. Ora il creditore essendosi reso incapace di cederle contro quello che ha liberato, l'altro non ne deve soffrire, come si è già veduto al n. 520.

(Secondo il Codice civile la rimessione fatta ad uno dei condebitori solidarj libera anche tutti gli altri a meno che non vi sia una riserva espressa dalla parte del creditore. Art. 2285.)

La liberazione accordata al debitor prin-

cipale trae seco quella de' suoi fidejussori, perchè il debitore sarebbe inutilmente liberato qualora i fidejussori non lo fossero, giacchè essendo obbligati a pagare, avrebbero poi il regresso contro di lui, e d'altronde non vi può essere un fidejussore senza un debitor principale. (*Cod. civ. art.* 1287.) Questa regola soffre però una eccezione riguardo al contratto con cui un debitore fallito ottiene da' suoi creditori una riduzione del suo debito. Vedi il n. 381.

All' opposto la liberazione accordata al fidejussore non libera egualmente il debitor principale, perchè l' obbligazione del fidejussore è bensì dipendente da quella del debitor principale, ma quella del debitor principale non è dipendente da quella del fidejussore. Non può esservi fidejussore senza un debitor principale, ma può esservi un debitor principale senza fidejussore. (*Cod. civ. ivi.*)

La liberazione personale accordata ad un fidejussore non libera egualmente i suoi confidejussori. Leg. 23, ff. *de pactis.*, leg. 15, §. 1, ff. *de fidejuss.* (*Cod. civ. ivi.*)

Se però i confidejussori hanno potuto calcolare sul regresso che avrebbero avuto, pagando, contro il fidejussore liberato dal creditore, per aver contrattata la fidejussione unitamente o dopo di esso, in allora l' equità vuole che la liberazione a questo accordata liberi egualmente loro stessi in quanto alla quota per cui avrebbero avuto, pagando, il regresso contro questo fidejussore qualora non fosse stato liberato. Il creditore colla liberazione accordata a questo fidejussore, privandoli così del regresso, non avendo potuto loro pregiudicare, essi possono opporre in questo caso al creditore per questa quota l' eccezione *cedendarum actionum*, come abbiamo già veduto al n. 520.

Questa decisione che la liberazione accordata al fidejussore non libera nè il debitor principale, nè i confidejussori, ha luogo quand' anche il creditore avesse ricevuta dal fidejussore una somma di denaro per liberarlo dalla sua obbligazione. Il debitor principale non è perciò liberato, perchè questa somma non si è data in pagamento e a conto di deduzione del debito, ma

piuttosto in prezzo della liberazione dalla fidejussione.

§. III.

Se il creditore per liberare un fidejussore possa ricevere da esso lecitamente qualche cosa senza imputarla sul debito; e varie altre quistioni da questa dipendenti.

582. Le cose che abbiamo già detto, si conducono alla famosa questione, se, quando una persona si è resa sigurtà in mio favore per un debitore a cui ho imprestato una somma di danaro, io possa, per liberarlo dalla sua obbligazione, non solo nel foro esterno, ma anche nel foro interno della coscienza ricevere da esso lecitamente qualche cosa, ed esigere dappoi dal debitor principale la somma totale imprestatagli, senza nulla imputare a conto di ciò che ho ricevuto dal fidejussore. Molineo nel suo trattato *de usuris, quaest.* 34, decide che purchè all'epoca in cui ho liberato il fidejussore vi sia stato un motivo di temere la insolvibilità del debitor principale, io possa ricevere qualche cosa lecitamente senza com-

mettere alcuna usura, perchè l'usura consiste nel ricevere qualche cosa oltre la somma imprestata per il prezzo, e in ricompensa dell'imprestito: essa consiste adunque nel trarre un lucro da una prestazione che deve essere gratuita. Ma in questo caso la somma ricevuta dal fidejussore, e che mi trovo di avere oltre la somma imprestata, la quale mi venne poi restituita totalmente, non è già una somma ricevuta per il prezzo e in ricompensa del fatto imprestito, ma per una causa totalmente diversa. Il pericolo dell'insolvibilità che era a temersi del debitore, dovea cadere sul fidejussore e non sopra di me: se io voglio addossarmi questo rischio e liberarne il fidejussore, non sono obbligato a farlo gratuitamente: esso adunque ha un valore apprezzabile; ed io posso ben ricevere lecitamente una somma per il prezzo del medesimo. Suppongasi che io fossi creditore di Pietro della somma di dodici mille lire, e voi ne foste la sigurtà: gli affari di Pietro erano in disordine, e vi era luogo a temere di perdere la metà del credito e forse più: questo rischio era tutto vostro:

voi mi offrite tre mila lire perchè me lo assuma io stesso liberandovi dalla fidejussione, ed io accetto la vostra offerta Accade in seguito che gli affari di Pietro si ristabiliscono, ed esso mi paga totalmente: io vengo in allora a guadagnare le tre mila lire da voi ricevute: questo guadagno egli è ben lecito, essendo il prezzo del rischio, che io ho voluto assumere in vostra vece, di perderne sei mila e forse più. Nè voi, nè il debitor principale potete querelarvene: non il debitor principale perchè non vi ha alcun interesse, ed ha soltanto pagato il suo debito e nulla più; nè voi perchè se mi avete date le tre mila lire che sono un di più della somma che mi era dovuta, ne avete anche ricevuto l'equivalente che consiste nel peso che io mi sono addossato in vece vostra di perderne sei ed anche più: questo è un contratto aleatorio che noi abbiamo fatto, ed è ugualmente valido, come i contratti di assicurazione marittima. Si opporrà forse che in materia d'imprestito è un principio di diritto che il pericolo dell'insolvibilità del debitore non dà al creditore il diritto di esigere qualche

cosa oltre il capitale che gli è dovuto. Io rispondo che questo principio non si verifica che riguardo al debitore. Il rischio che corre un creditore di perdere la somma imprestata per l' insolvibilità del debitore, non gli dà un diritto di esigere qualche cosa oltre questa somma, perchè il debitore, nulla ricevendo, verrebbe a pagare questa cosa in perdita totale, ed altronde la di lui povertà deve essere un motivo di sollevarlo anzichè di aggravarlo: ma il rischio dell'insolvibilità del debitore può ben dare al creditore un diritto di ricevere qualche cosa da un terzo aggravato del rischio stesso, quando se lo assume in di lui vece, perchè il terzo riceve anch' egli qualche cosa in compenso di ciò che dà, la liberazione cioè di questo rischio.

Quando poi non vi ha alcun motivo per temere l'insolvibilità del debitore, Molineo, *ibid.*, decide che in questo caso il creditore nulla può ricevere lecitamente dal fidejussore per liberarlo dalla sua obbligazione. Si potrà forse opporre contro questa decisione che il diritto che mi competeva contro il fidejussore era un diritto *in bonis*,

che faceva parte de' miei beni. Quando gli faccio la rimessione io gli do questo diritto; perchè adunque non mi sarà lecito di ricevere qualche cosa in vece di quello che cedo? A questo io rispondo, che secondo le regole della giustizia commutativa non si può esigere, in ricompensa di ciò che si dà, più dell' equivalente della cosa stessa, vale a dire il di lei valore: se essa non ha alcun valore, nulla si può esigere lecitamente. Tale nel nostro caso si è il diritto che mi compete contro il fidejussore, e di cui faccio donazione o rimessione. Suppongasi che io abbia un buon credito di cento doppie verso Pietro, e che non vi sia alcun motivo di temerne l' insolvibilità, stante che sono per esso ipotecati de' beni stabili d' un valore dieci volte maggiore. Voi ne siete il fidejussore, ed io vi libero dalla vostra obbligazione. Qual valore può mai avere il diritto risultante da questa fidejussione? Il mio credito con tutti i diritti dallo stesso dipendenti valeva cento doppie e nulla più: senza la vostra fidejussione, di cui vi ho fatto dono e rimessione, vale ancora la somma totale delle cento doppie,

giacchè si suppone bene assicurato; per conseguenza il diritto di cui vi ho fatta rimessione, non ha alcun valore, e colla rimessione io non vengo a soffrire alcun deterioramento ne' miei proprj beni, e per conseguenza non posso lecitamente ricevere alcuna cosa in ricompensa.

Notisi però che quando un fidejussore ha dato qualche cosa al suo creditore per essere liberato dalla sua obbligazione, si deve presumere nel foro esterno che vi fosse un motivo di temere l' insolvibilità del debitore, perchè non si può presumere che uno dia qualche cosa senza alcuna causa. *Nemo res suas jectare facile praesumitur.*

E quand' anche fosse pienamente provato che non vi fu alcun motivo di temere l'insolvibilità del debitore nel momento che il fidejussore ha dato una qualche cosa per essere liberato dalla sua obbligazione, qualora il debito non fosse ancora pagato, il fidejussore non avrebbe la ripetizione di quanto ha già dato, se non a condizione di rimanere obbligato anteriormente alla liberazione che gli fu accordata. *Molineo ibid.*

In questo caso il fidejussore potrebbe

anche offrire di pagare il debito, imputando e facendo deduzione di quanto ha già dato prima senza alcun motivo ond' essere liberato dalla sua fidejussione; e qualora fosse stato fidejussore di una rendita, l'imputazione dovrebbe farsi prima sui canoni decorsi, poscia sul capitale. Facendo questo pagamento, esso può pretendere il subingresso nelle ragioni del creditore, perchè non ostante che sia stato liberato, non può però riguardarsi come una persona totalmente estranea, non pagando esso che a condizione di essere rimborsato di quanto avesse pagato all'oggetto di ottenere questa liberazione. *Molineo ibid.*

Riguardo al debitor principale, esso non può giammai ripetere dal creditore ciò che il medesimo avesse indebitamente ricevuto per liberare il fidejussore, nè può ugualmente ritenersi all'epoca del pagamento alcuna cosa a conto della somma dovuta; perchè il fidejussore non avendo, per la somma da esso indebitamente pagata all'oggetto di essere liberato dalla sua obbligazione, alcun regresso contro il debitor principale, questi non vi può avere alcun interesse.

Ma se il fidejussore per la somma pagata, ond'essere liberato, avesse il regresso contro il debitor principale; *puta*, se il debitore si fosse a di lui favore obbligato al pagamento entro un determinato tempo, e che si fosse convenuto che dopo che il debitore sarà stato costituito in mora sarà lecito al fidejussore di comperare dal creditore la liberazione dai pesi della fidejussione a quella miglior condizione che potrebbbe trovarsi, per cui sarà indennizzato dal debitor principale, in questo caso non vi ha dubbio che il debitor principale all'epoca del pagamento che fa al creditore potrebbe ritener questa somma come pagata a conto del debito, perchè, mediante il regresso che ha contro di lui il fidejussore, si deve considerare come se l'avesse pagata al creditore egli medesimo. *Molineo ivi.*

(Ciò che il creditore avesse ricevuto da un fidejussore per liberarlo dalla sua obbligazione, deve imputarsi sul debito e portarsi in iscarico del debitor principale e degli altri fidejussori. (*Cod. civ. art.* 1288).

ARTICOLO III.

Quali persone possono far rimessione, e a chi.

§. I.

Quali persone possono far rimessione.

583. Il solo creditore che ha la facoltà di disporre de' proprj beni, o una persona munita di una procura speciale a questo proposito, possono far rimessione di un debito. Questo diritto non compete nè al procurator generale di tutti gli affari, nè al tutore, curatore od amministratore qualunque. L 37, ff. *de pactis*, l. 22, ff. *de adm. tutor. et pascim*; perchè la rimessione è una donazione, e tutte queste persone hanno soltanto la facoltà e qualità di amministratore, e non di far donazione.

Bisogna però eccettuare la rimessione che si fa di una parte del debito a un debitore vicino al fallimento. Siccome questa non si fa tanto *animo donandi*, quanto coll' intenzione di assicurarsi con questo mezzo il

pagamento del residuo debito e non perdere il tutto. così può la medesima considerarsi come un atto amministrativo, di cui queste persone sono capaci.

La rimessione che si fa di una parte del laudemio dovuto ad un feudetario, a favore di quello che vuol convenire sul medesimo prima di conchiudere la compera che intende di fare di un fondo feudale, è pure un altro atto di amministrazione che non è interdetto ai tutori ed agli altri amministratori; perche queste rimessioni in questo caso sono piuttosto convenzioni che donazioni, e si fanno non tanto *animo donandi*, quanto per non perdere il laudemio, potendo il rifiuto della rimessione essere la causa per cui non si divenga alla vendita del fondo.

Anche dopo conchiuso il contratto, possono i tutori ed amministratori far rimessione di una parte del laudemio nel caso di necessaria traslazione, purchè non sia eccessiva, e si uniformi a quella che sogliono fare i signori stessi; perchè quantunque non si possa negare che tali rimessioni siano vere donazioni, l'uso nondimeno ne ha fatto delle medesime non realmente

una

una obbligazione, ma una specie di dovere di beneficenza, e le donazioni di beneficenza non sono proibite ai tutori ed amministratori. Argomento tratto dalla legge 12, §. 3, ff. *de adm. tutor.*

Per queste ragioni i ricevitori del regio demanio sono autorizzati a fare la rimessione del quarto già passato alla camera dei conti, purchè i compratori dichiarino il loro acquisto, ed eseguiscano il pagamento entro tre mesi. Patenti del 1556 riferite da *Livonière* nel suo trattato dei feudi. (Essendo ora soppressi i diritti feudali sulle traslazioni di dominio, non è più applicabile ciò che ha fin qui detto l'autore.)

Se vi sono più creditori solidarj, *correi credendi*, uno di essi può anche senza gli altri far rimessione del debito, e questa rimessione libera il debitore verso tutti i creditori, come lo avrebbe liberato il pagamento reale che avesse fatto al medesimo. Leg. 13, §. 12, ff. *de acceptil.*

§. II.

A chi possa farsi la rimessione.

584. La rimessione di un debito è evidente che non può farsi che al debitore. Del resto ella si presume sempre fatta al debitore, sia che la convenzione che la contiene sia fatta coll' intervento della persona stessa del debitore, sia che v'intervenga il suo tutore, curatore, procuratore, od amministratore qualunque de' suoi beni.

I parenti della linea ascendentale, avendo una qualità (secondo il Cod. civ. art. 935.) per accettare le donazioni fatte ai loro figli minori benchè non siano sotto la loro tutela, ne viene di conseguenza che possano validamente accettare anche la rimessione che vogliono fare i creditori de' loro figli.

585. Se vi sono più debitori solidarj, il creditore facendo la rimessione ad uno di essi, può estinguere il debito e liberare anche tutti gli altri. L. 16, ff. *de acceptil.*; è però necessario che sia espressa l' intenzione del creditore di voler estinguere il

debito ; perchè se ha avuto intenzione soltanto di liberare la persona del debitore, ed ha riservate le sue ragioni verso gli altri condebitori, essi non si presumono liberati che per la quota di quello a cui venne fatta la rimessione, come abbiamo già veduto nel precedente paragrafo. (*Cod. civ. art.* 1285.)

586. La rimessione essendo una donazione, è necessario, perchè sia valida, che il creditore che fa la rimessione non sia una persona a cui le leggi proibiscono di far donazione. La rimessione pertanto di una moglie al marito, di un infermo al medico sarebbero nulle.

Ciò però non deve estendersi alle rimessioni che si fanno piuttosto per convenzione, che per donazione, come quelle che si fanno in caso di fallimento.

CAPO IV.

Della compensazione.

587. La compensazione si definisce l' estinzione di due debiti che si fa tra due

persone reciprocamente debitrici l'una verso dell' altra, con i crediti di cui sono creditrici reciprocamente. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*. Leg. 1, ff. *de compens*. (*Cod. civ. art.* 1289.) Se, per esempio, io vi devo una somma di cinquecento lire, *puta* perchè me le avete imprestate, e d' altra parte sono creditore verso di voi dell' egual somma di cinquecento lire, *puta*, per fitto della mia casa maturato in seguito, in allora il debito che io tengo verso di voi, sarà estinto per diritto di compensazione col mio credito dell' ugual somma, e viceversa il debito che voi avete verso di me sarà estinto col vostro credito.

Evidente si è la equità della compensazione, giacchè è stabilita sul comune vantaggio delle parti fra le quali avviene, mentre ciascuno di esse ha piuttosto interesse di compensare che di essere obbligata a trarre dalla propria borsa il denaro necessario al pagamento del debito, e dover poi introdurre una causa all'oggetto di farsi pagare il proprio credito. Tale si è la ragione che ne dà Pomponio alla legge 3,

ff. *de compens. Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere.* Aggiungasi poi che colla compensazione si viene ad evitare una circolazione inutile. *Quod potest brevius per unum actum expediri compensando, incassum protraheretur per plures solutiones, et repetitiones*; ragione che vien data da Baldo al diritto di compensazione.

Su questa materia noi vedremo 1.° contro quali debiti si possa opporre la compensazione; 2.° quali sono i debiti che si possono opporre in compensazione; 3.° in qual maniera si faccia la compensazione, e quali ne siano gli effetti.

§. I.

Contro quali debiti si possa opporre la compensazione.

588. Regolarmente la compensazione si può opporre contro tutti i debiti delle cose che ne sono suscettibili.

I debiti delle cose suscettibili di compensazione sono quelli di una determinata som-

ma di denaro, di una determinata quantità di grano, vino, ed altre cose *fungibili* (*Cod. civ. art.* 1291).

Così pure è suscettibile di compensazione anche il debito di una cosa indeterminata di un dato genere, benchè non sia nel numero delle cose fungibili. Se, per esempio, in forza di un contratto cui vi foste obbligato a darmi un cavallo indeterminatamente senza individuarlo, questo debito di un cavallo, di cui io sono creditore verso di voi in forza del contratto, è suscettibile di compensazione, e qualora in seguito, prima che io ne fossi pagato, fossi stato nominato unico erede di una persona che vi ha fatto un legato di un cavallo indeterminatamente, e in questa qualità fossi divenuto debitore verso di voi di un cavallo, è evidente, che voi potreste oppormi in compensazione questo debito di un cavallo che io tengo verso di voi in forza del testamento di quello di cui sono stato nominato erede, contro il debito di un cavallo che voi tenete verso di me in forza della convenzione.

Al contrario se una cosa, benchè di sua natura fungibile, è dovuta come un corpo

certo e determinato, il debito non è più suscettibile di compensazione. Se per esempio io avessi da voi comperato le sei botti di vino che avete raccolte in quest'anno nella vostra vigna di s. Denis, e che d'altra parte prima della rimessione io sia divenuto erede unico di una persona, che nel suo testamento ha disposto di un legato a vostro favore di sei botti di vino, voi non potete opporre in compensazione questo mio debito contro quello delle sei botti della vostra raccolta che io ho da voi comperate, e sarà in questo caso legittima la mia domanda, che senza aver riguardo a questa compensazione voi siate obbligato a rimettermi le sei botti del vostro vino che io ho da voi comperato, offrendo però di darvi sei altre botti di vino buono a mio piacimento. La ragione si è che la compensazione essendo un reciproco pagamento che si fanno le due parti, il creditore non può essere obbligato di ricevere in compenso un'altra cosa diversa da quella che sarebbe obbligato a ricevere in pagamento. Ora, giusta la regola *aliud pro alio invito creditori solvi non potest, supra*, n. 494, il creditore di un corpo certo

e determinato non può essere costretto a ricevere in pagamento nient'altro, fuorchè il corpo certo e determinato che è a lui dovuto; quindi non si sarebbe ammesso ad offrirgli in pagamento se non che il corpo certo e determinato a lui dovuto, quantunque la cosa offerta fosse del medesimo genere. Per l'egual motivo non puossi obbligarlo ad accettare in compensazione del debito di un corpo certo e determinato, che è a lui dovuto, il debito di cose dello stesso genere, del quale egli è debitore. Il debito d'un certo e determinato corpo, sebbene sia egli nel numero delle cose fungibili, non è dunque suscettibile di compensazione.

Avvi non pertanto un caso in cui il debito di un certo e determinato corpo potrebbe essere suscettibile di compensazione. Diffatti s'io era vostro creditore di una parte indivisa di un corpo certo, *puta* se m'avevate voi venduto una parte indivisa che avevate sopra di un certo fondo, e prima che me l'aveste consegnata foss'io divenuto l'erede di una persona a voi debitrice di un'altra parte indivisa del medesimo fondo;

voi allora potreste oppormi, contro il debito della parte di questo fondo da voi dovutami, la compensazione del debito di una parte dello stesso fondo, di cui sono io tenuto verso di voi. *Sebast. de Medicis*, *Tract. de compens. p.* 1, §. 3.

589. Allorchè la cosa dovuta è suscettibile di compensazione, si può opporre la compensazione contro il debito di questa cosa, da qualunque causa proceda il debito medesimo.

Si può parimenti opporla contro il debito di una somma dovuta in virtù di una condanna giudiziaria; l. 2, *Cod. de compens.*

Vi hanno ciò non ostante alcuni debiti contro cui il debitore non è sentito a proporre alcuna compensazione.

1.° In materia di spoglio non puossi opporre veruna compensazione contro la domanda per la restituzione delle cose di cui qualcuno è stato ingiustamente spogliato; giusta la massima sì conosciuta: *Spoliatus ante omnia restituendus*. Vedete Sebast. de Medicis, *Tract. de compens.* p. 2, §. 28.

2.° Un depositario non è ammesso ad opporre alcuna compensazione contro la do-

manda che gli vien fatta per la restituzione di un deposito che gli è stato affidato: *In causa depositi compensationis locus non est.* Paolo, *sent.* 11, 12, 13.

Questo passo di Paolo dev'essere principalmente inteso di un deposito irregolare al par di quello menzionato nelle leggi 24, 25, §. 1 e 26, §. 1, ff. *depos.*, per mezzo del quale dassi a qualcuno a custodire una somma di danaro perchè la frammischia con altre somme che sono da altre persone depositate, e ne restituisca non le medesime specie ma la somma equivalente. Se poi il deposito era un deposito ordinario, come un sacco di denaro suggellato, marcato al di fuori, non si farebbe luogo alla compensazione, non già tanto per essere un deposito, ma per la regola generale che i debiti di corpi certi non ne sono suscettibili.

Per verità il depositario non può, contro la restituzione del deposito che gli viene richiesto, opporre la compensazione dei crediti che avrebbe verso chi glielo ha confidato, allorquando tali crediti hanno una causa estranea al deposito; ma quando la

causa, per cui il depositario è creditore di quello che gli ha confidato il deposito, procede dal deposito stesso, come se è creditore per le spese che dovette fare per la conservazione del deposito; in questo caso non solamente ha egli diritto alla compensazione, essendo il deposito un deposito irregolare, ma quando l'oggetto del deposito è un corpo certo ha eziandio diritto di ritenerlo, *quasi quodam jures pignoris*, fino a che non sia soddisfatto del suo credito. Tal è la comune decisione dei dottori citati da Sebast. Med. Tract. *de compens.* p. 1, §. 19. (*Cod. civ. art.* 1948.)

Su questo principio i ricevitori dei depositi ritengono sopra le somme depositate i diritti di deposito attribuiti ai loro uffizj.

3°. Il debito di una somma che mi è stata donata, o legata per servire a' miei alimenti, e colla clausola che non potrebbe essere da' miei creditori sequestrata, è un debito contro cui non mi si può opporre alcuna compensazione. Imperocchè nella guisa che questa clausola impedisce che possa essere sequestrata dai terzi, e possa essere impiegata nel pagamento di quanto

io dovrei a de' terzi; così ella impedisce pure che questa somma non possa per mezzo della compensazione essere impiegata nel pagamento di ciò ch'io dovrei a chi ne è il debitore. Sebastiano de Medicis, *Tract. de compens.* p. 1, §. 14, riporta un'altra ragione per questa decisione, cioè che gli alimenti essendo una cosa necessaria alla vita, sarebbe una specie di omicidio che commetterebbe colui che è incaricato di somministrarli, se li rifiutasse sotto qualunque pretesto, anche di compensazione: *Necare videtur qui alimenta denegat*; l. 4; ff. *de agnoscend. liber.* (Simili eccezioni furono adottate dal Codice, civile articolo 1293.)

4°. Un censuario non può opporre la compensazione d'una somma che gli sarebbe dovuta dal suo padrone del censo per isgravarsi dall'obbligo che ha d'andare o di mandare nel giorno e luogo solito a pagar il censo che deve allo stesso. La ragione si è, che il debito del censo non racchiude già soltanto il debito di una somma di denaro, ma quello della ricognizione della signoria diretta, la quale è

qualche cosa d'inestimabile, e per cui non è suscettibile di compensazione.

Il censo non ammette compensazione anche per un debito di eguale natura. Fingasi che io per un fondo posto nel numero dei vostri possessi censuarii vi debba tre denari di canone, pagabili nel vostro palazzo signorile il giorno di S. Martino, sotto pena di cinque soldi in caso di mancanza; e che voi pure mi dobbiate per un fondo posto ne' miei censi parimenti tre denari di canone, pagabili nel medesimo giorno sotto pena in mancanza di tre denari soltanto; in quest' ipotesi la compensazione non può avere alcun effetto, e disonerare l' uno verso dell' altro d' ire a pagare il canone: perchè la compensazione, acciò possa aver luogo, deve dare a ciascheduna delle parti quanto loro appartiene. Se p. es. io vi deggio cinquecento lire, e voi men dobbiate altrettanto, la compensazione stante lo sgravio, che mi procura, delle cinquecento lire che vi doveva, mi conferisce veramente le cinquecento lire che mi erano da voi dovute; avvegnachè la liberazione delle lire cinquecento equivale in-

dubitatamente cinquecento lire. Ma nella nostra ipotesi, l' obbligo di riconoscere il vostro diretto dominio pel fondo che io tengo da voi, non può fare che io sia da voi riconosciuto nel mio dominio per il fondo, che voi tenete da me: non può dunque in questo caso farsi luogo alla compensazione, dappoichè non può ella darci quanto appartiene a ciascuno di noi; d'altronde *monumenta censuum interturbarentur;* Molin. *in Cons. Par. ad art.* 85, *glos.* 1, *n.* 38.

Osservate che il censo non è suscettibile di compensazione in questo senso, cioè che il censuario non può essere sgravato d' andare o mandare a pagar il censo, ma può esserne suscettibile in quest'altro senso, che il censuario, il quale è creditore di una somma di denaro del suo signore, può andare nel giorno e luogo destinato al pagamento del censo ad offrire al medesimo, invece della somma ch'ei deve per il censo, una quitanza di eguale somma sopra quella, che gli è dovuta dal suo signore; poichè col trasferirsi sul luogo e col farne le debite offerte egli soddisfa alla obbligazione

di riconoscere la signoria. Siffatta compensazione non dev' essere tuttavia permessa che quando il censo consiste in una somma un poco considerevole, e non deve aver luogo per i piccoli censi; *Molin. ibid.* (l'abolizione dei censi feudali rende questa regola di niun effetto.)

Si mise altre volte in disputa, se il debitore che si è obbligato con giuramento a pagare il debito può, nel foro della coscienza e nel foro esteriore, opporre la compensazione di ciò che è a lui dovuto dal suo debitore. Molti dottori, e fra tutti i canonisti si attennero alla negativa, per la frivola ragione, che il giuramento debb'essere fatto *in forma specifica*. E' però migliore l' opinione di coloro che stanno per l' affermativa. Il giuramento che viene aggiunto ad un' obbligazione, ad altro non serve che a rendere il debitore più colpevole allorchè vi contravviene, e ad obbligarlo, per timore di rendersi colpevole di spergiuro, a non contravvenirvi: ma l' obbligazione, quantunque confermata dal giuramento, rimane però sempre la stessa, ed il giuramento non può impedire che essa non possa es-

sere soddisfatta in tutte le maniere con cui possono soddisfarsi le obbligazioni, ed in conseguenza colla compensazione. Seb. Medicis, *Tract. de comp.*, p. 2, §. 25.

Non solamente può opporsi la compensazione contro de' debiti che sono dovuti a de' particolari, ma eziandio contro i debiti che sono dovuti a delle città o a de' corpi o comunità. La legge 3, cod. *de compens.*, eccettua non ostante certe sorta di debiti dovuti alle città, contro i quali essa non permette al debitore di opporre veruna compensazione di quanto la città gli fosse debitrice.

La legge 1, cod. *dicto tit.*, ammette la compensazione anche contro il fisco, semprecchè però tanto il debito al quale si oppone la compensazione, quanto quello del quale s'intende valersi per la compensazione, sieno ambedue dipendenti dalla medesima amministrazione o *bureau*: *Rescriptum est compensationi in causa fiscali locum esse, si eadem statio quid debeat quae petit.*, d. l. 1. Per esempio, io non potrò opporre, per compensazione della mia capitazione che io devo ad Orleans, gl'interessi

ressi di rendita che mi sono dovuti sulle taglie di Parigi. (Generalmente non si può opporre in compensazione delle contribuzioni che si devono ciò che ci è dovuto dallo stato per qualunque altra causa. Bisogna pagare, salvo il diritto di ricorrere onde ottenere il suo pagamento.)

§. II.

Quali debiti possono essere opposti in compensazione.

590. Perchè un debito possa essere opposto in compensazione, bisogna, 1.° che la cosa dovuta sia dello stesso genere di quella che è l'oggetto del debito contro il quale si oppone la compensazione: *Compensatio debiti ex pari specie, licet ex causa dispari, admittitur;* Paul. *sent.* 11, *V*. 3. Per esempio, io voglio opporre in compensazione d'una somma di denaro che vi devo il debito di una egual somma di denaro che voi mi dovete: questi debiti sono *ex pari specie.* Ma io non posso opporre

in compensazione di una somma di denaro che vi devo il debito di una certa quantità di grano che voi mi dovete.

La ragione si è, che essendo la compensazione un pagamento, e non potendo io, senza consentimento del mio creditore, pagargli altra cosa se non che ciò che gli devo, per pari ragione pure io non posso obbligarlo a ricevere, in compensazione del denaro che io gli devo, il grano ch' egli mi doveva. Avvegnachè ciò altro non sarebbe che obbligarlo a ricevere del grano pel denaro che a lui è dovuto, ed in conseguenza a ricevere in pagamento tutt'altra cosa fuorchè ciò che gli è dovuto.

Le prestazioni non controverse di grani, o di derrate, il di cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili. (*Cod. civ. art.* 1291.)

Quantunque contro il debito di un corpo certo e determinato non si possa opporre il debito di una quantità ancorchè di cose dello stesso genere, come noi l' abbiamo veduto nell' articolo precedente, n. 588; *contra, vice versa*, si può contro il debito

di una quantità opporre la compensazione di un corpo certo e determinato dello stesso genere. Per esempio se io sono vostro creditore di sei botti di vino della vostra ricolta che voi mi avete vendute, ed allo stesso tempo vostro debitore di sei botti di vino *in genere*, che una persona a cui io sono succeduto vi ha legate, voi non potete oppormi contro il debito di sei botti di vino che mi avete vendute quello di sei botti di vino *in genere* delle quali io vi son debitore; imperciocchè non è a voi permesso di pagarmi altra cosa fuorchè queste medesime sei botti di vino. Mentre al contrario, se voi mi chiedete il pagamento di sei botti di vino *in genere* che io vi devo, io posso opporvi in compensazione il debito di sei botti di vino che voi mi avete vendute; stantechè se voi me le aveste consegnate io potrei darvele in pagamento delle sei botti di vino delle quali io vi son debitore. (*Cod. civ. ibid.*)

Notisi però che questa compensazione *speciei mihi debitae ad quantitatem*, dipendendo dalla mia scelta, essa non ha luogo che dal giorno che io farò questa scelta e

che opporrò questa compensazione; mentrecchè le compensazioni che si fanno *quantitatis ad quantitatem* hanno luogo dal momento in cui il creditore è divenuto debitore, come noi lo vedremo in seguito.

591. 2.° Bisogna che il debito che viene opposto in compensazione sia un debito, il termine al pagamento del quale sia già scaduto. *Quod in diem debetur non compensabitur antequam dies veniat*; l. 7, ff. *de compens.*: e la ragione è evidente. La compensazione è un pagamento reciproco che le parti si fanno: ora il debitore del debito il di cui termine al pagamento non è ancora scaduto, non essendo neppure obbligato di pagarlo, non è neppure obbligato di ammetterne la compensazione contro al suo credito.

Il termine del pagamento, la di cui scadenza è necessaria per la compensazione, è il termine di diritto di cui gode il debitore in virtù della convenzione. Procede diversamente la cosa trattandosi di un termine di grazia che gli fosse stato accordato. Per esempio, se io ho fatto condannare il mio debitore a pagarmi la somma di mille

lire che io gli ho imprestata, e che il giudice colla sentenza gli abbia accordato il termine di tre mesi a pagarla; che un mese dopo questa sentenza, questo stesso debitore essendo divenuto erede del mio creditore, al quale io devo una egual somma di mille lire, mi domanda questa somma, io potrò opporgli in compensazione il debito di mille lire ch' egli mi deve, quantunque non sia ancora scaduto il termine di tre mesi a lui stato accordato: avvegnachè non sia questo che un termine di *grazia* accordato pel solo oggetto di modificare il rigore delle ingiunzioni, ma che non può fare ostacolo alla compensazione: *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.* L. 16, §. 1., ff. *de compens.* (*Cod. civ. art.* 1292.)

592. 3.° Bisogna che il debito che si oppone in compensazione sia liquido; l. fin., §. 1, cod. *de compens.* (*Cod. civ. art.* 1291.)

Un debito è liquido allorchè è fuor di dubbio ch' egli è dovuto, ed in quale quantità è dovuto: *cum certum est an et quantum debeatur.*

Un debito controverso non è dunque liquido, e non può essere opposto in compensazione, a meno che colui che l'oppone ne abbia la prova certa, e che non sia in istato di prontamente e sommariamente giustificarla.

Quand' anche fosse certo ch' esso è dovuto, fino a tanto che non è costante quanto è dovuto, e che la liquidazione dipende da un conto pel quale vi abbisogni una lunga discussione, il debito non è liquido, e non può essere opposto in compensazione.

593. 4.° Bisogna che il debito sia determinato. Perciò, se qualcheduno ha incaricato il suo erede di darmi cento doppie od i suoi due cavalli da carrozza, e che io debba una egual somma di cento doppie a questo erede, non potrò opporgli in compensazione di cento doppie che gli devo, le cento doppie che mi sono state legate, fin tanto che egli avrà la scelta di darmi o le cento doppie od i cavalli, avvegnachè questa somma non è dovuta *determinate*. Mà se il testamento avesse lasciato a me la scelta, io potrei opporre la compensazione, la quale nondimeno non potrà aver

luogo che dal giorno in cui io avrò fatta questa scelta: *Si debeas decem millia aut hominem, utrum volet adversarius; ita compensatio admittitur, si adversarius palam dixisset utrum voluisset.* L. 22.

594. 5.ª Bisogna che il debito sia dovuto alla stessa persona che oppone la compensazione: *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.* L. 9, cod. *dicto tit.*

Per la qual cosa io non potrei opporre, contro quanto io devo, la compensazione di quanto il mio creditore deve a mio padre, a' miei figli, a quegli di cui io sono tutore, curatore od amministratore, a mia moglie che è separata di beni, ec.

Se io sono in comunione con essa, quanto a lei è dovuto, è veramente dovuto a me; ed in conseguenza io posso opporre in compensazione questo suo credito.

Papiniano, nella legge 18, §. 1, ff. *de compens.*, dà una tale estensione a questo principio fino al punto di decidere, che il mio creditore non è obbligato di accettare la compensazione di ciò ch' ei deve ad un altro e non a me, quantunque questo terzo

suo creditore intervenga ed offra di compensare per me ciò che a lui è dovuto: *Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo qui convenitur, proprium debitum velit compensare Finge.* Voi mi ordinate di pagarvi cento lire che vi devo: voi dovete una egual somma a Pietro, ed io vi notifico un atto, mediante il quale Pietro acconsente che la somma di cento lire che voi gli dovete venga in compensazione di quella che voi mi domandate; ed in conseguenza io concludo per la compensazione ed alla liberazione dall'ordine di pagare, di cui offro le spese. Papiniano pretende che voi non siete obbligato di accettare questa compensazione: ma Barbeyrac, nelle sue note sopra Puffendorf, pensa con ragione che Papiniano ha spinto troppo lungi la sottigliezza, e che la compensazione deve essere ammessa: imperciocchè essendo per voi indifferente di ricevere da me o da Pietro le cento lire che io vi devo, sarebbe cosa ingiusta l'autorizzare le vostre procedure contro di me pel pagamento di questa somma, allorchè Pietro di

buon grado acconsente che voi riceviate questa somma da lui per me in compensazione di quella che voi gli dovete.

Si potrebbe conciliare l'opinione di Barbeyrac con quella di Papiniano, facendo la seguente distinzione. Se la somma che io debbo a Pietro è eguale a quella che voi mi dovete, io non posso esimermi dal compensarla con quella che voi mi dovete, allorchè fate intervenire Pietro, il quale acconsente ch' essa entri in compensazione: Ecco il caso in cui deve seguirsi l'opinione di Barbeyrac. Ma se la somma che io devo a Pietro è inferiore a quella che voi mi dovete, qualunque sia l'offerta fatta da Pietro di acconsentire che la somma che voi gli dovete entri in compensazione di quella che io vi debbo, voi non siete perciò obbligato, giusta la sentenza di Papiniano, di ammettere una siffatta compensazione, a meno che io non offra nel medesimo tempo di pagarvi il di più; poichè, altrimenti operando, sarebbe lo stesso che obbligarvi a ricevere parzialmente il rimborso del vostro credito, cosa a cui non siete tenuto. Non è già che, nel caso in cui io medesimo

mi ritrovi vostro creditore d'una parte della somma che io vi debbo, la compensazione abbia luogo per ciò, e produca l'effetto di estinguere a vostro malgrado il mio debito in parte, e sino all'ammontar della somma da me dovutavi.

Ciò che opera *ipso jure* questa compensazione sino alla debita concorrenza è il concorso delle qualità di creditore e di debitore nelle stesse persone; nessuno potendo essere veramente mio creditore prima di aver dedotto quanto ei mi deve, nè veramente mio debitore prima di aver sottratto quanto io gli debbo.

Quegli che ha in virtù di cessione i diritti di un creditore, non è veramente, parlando a rigor di diritto, creditore, ma soltanto procuratore *in rem suam* del creditore. Nondimeno siccome egli è, quanto all'effetto, creditore allorchè notifica il suo trasporto al debitore, così egli può opporre la compensazione di questo credito al debitore verso il quale è egli stesso debitore, come di qualunque altro di cui fosse in testa sua creditore: *in rem suam procurator datus, si vice mutua conveniatur,*

aequitate compensationis utetur; leg. 18, ff. *de compens.*

595. La regola ora da noi stabilita, che non possiamo opporre la compensazione se non che di quello che ci è dovuto personalmente, soffre eccezione riguardo ai fidejussori. Quegli a cui si domanda il pagamento d' una somma che si è obbligato a pagare come mallevadore di un' altra persona, può opporre al petente la compensazione, non solo di ciò che gli è dovuto personalmente dal petente, ma di quello altresì che è dovuto dal petente al debitor principale: *si quid a fidejussore petitur, aequissimum est fidejussorem eligere quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit*; leg. 5, ff. *d. tit.* (*Cod. civ. art.* 1294.) Imperciocchè è della sostanza della fidejussione, che il fidejussore non possa essere obbligato oltre a ciò che deve il debitor principale; *supra n.* 381: ora, il debitor principale potrebbe opporre al creditore la compensazione di quello che il suo creditore gli deve; il fidejussore può dunque opporre del pari la compensazione dello stesso debito.

Non è lo stesso; *viceversa*, il debitor principale non può opporre al suo creditore la compensazione di ciò che il suo creditore deve a' suoi fidejussori. (*Cod. civ. art.* 1294.)

Un debitor solidario può egli opporre in compenso ciò che è dovuto al suo condebitore? Vedi *supra* n. 274. (*Cod. civ. ibid.*)

596. Bisogna in sesto luogo che il debito che viene opposto in compensazione, sia della persona medesima, a cui lo si oppone. Se, per esempio, taluno mi chiede il pagamento di ciò che gli debbo, io non potrei opporgli in compenso ciò che mi fosse dovuto da quei minori, de' quali egli fosse per avventura tutore; e *vice versa*, se in qualità di tutore ei mi chiedesse il pagamento di ciò che io dovessi a' suoi minori, io non potrei opporgli la compensazione di quanto mi dovesse egli stesso. *Id quod pupillorum nomine debetur si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniae, quam ipse tutor suo nomine debet*; *leg.* 23, *d. tit.*

Per la stessa ragione io non posso opporre al mio creditore la compensazione di ciò che mi deve la di lui moglie, allorchè

dessa è separata di beni; ma posso opporla, allorchè vive in comunione di beni con esso lui, conciossiachè in questo caso egli soggiaccia ai debiti personalmente contratti dalla di lui moglie, essendone addivenuto egli medesimo debitore in forza della predetta comunione. E ciò ha luogo quand'anco vi fosse clausola di separazione di debiti, eccetto che ei non provasse colla produduzione di un inventario, non rimanergli tra le mani alcun denaro o prodotto dei beni appartenenti a sua moglie; avvegnachè senza di ciò ei sia debitor personale di quanto dalla di lui moglie è dovuto. Si può, a sostegno del nostro parere, trarre argomento dalla legge 19, la quale decide che si può opporre al padrone, sino all'ammontare del peculio del di lui schiavo, la compensazione di quanto da questi è dovuto; imperciocchè questo debito dello schiavo è quello del padrone sino all'ammontare di detto peculio.

Quando il mio creditore ha fatto a taluno un trasporto del credito ch'egli aveva verso di me, io posso opporre al cessionario la compensazione non solamente di ciò

che da lui mi è dovuto, ma di quello eziandio che il suo cedente mi deve; purchè però io abbia incominciato ad essere creditore del suo cedente prima della notificazione o dell'accettazione del trasporto: perciocchè questo credito non avendo potuto passare più presto nella persona del cessionario, secondo quella massima del diritto francese, *il trasporto non dà possesso, se non è notificato*; ed essendo per conseguenza sino a questo tempo rimasto nella persona del cedente, tutti i crediti che io ho sin a tal tempo acquistati contro il cedente, hanno per la virtù della compensazione estinto e diminuito *ipso jure* e sino alla debita concorrenza, quello che egli aveva contro di me, e di cui fece trasporto.

Se io non sono divenuto creditore del cedente che dopo la notificazione del trasporto, non vi sarà luogo alla compensazione; giacchè egli aveva cessato d'essere mio creditore dal momento di detta notificazione; o se lo era, lo era soltanto *subtilitate juris, et non juris effectu.*

Tuttochè io fossi creditore del cedente prima che seguisse il trasporto, ciò non di

meno se edotto del mio credito, ho nulla ostante accettato puramente e semplicemente il trasporto, si ritiene che io abbia colla mia accettazione pura e semplice rinunziato alla compensazione, nè io potrei opporla al cessionario il quale ha contato sulla mia accettazione; salvo a me di esercitare il mio credito contro il cedente. Questo pure è stato deciso da varie sentenze citate da Despeisses (*Cod. civ. art.* 1295.). Lo stesso avviene, allorchè quegli che essendo debitore è divenuto creditore dopo il sequestro fatto da un terzo nelle sue mani: egli non può, a pregiudizio del sequestrante, opporre la compensazione. (*Cod. civ. art.* 1298.)

597. Giusta i principj del diritto romano, io posso opporvi in compenso di ciò che voi quì mi dovete, un' altra somma di cui pure mi siete debitore, e che è pagabile in un altro luogo, rendendovi conto del costo della rimessa dal luogo in cui detta somma era pagabile, in quello ove vi piacque farla pagare; Leg. 15, ff. *de compens.* Il creditore, secondo i principj del diritto romano, avendo l'azione *de eo quod certo loco* per obbligare il suo debitore a pagare

dove ei si trovasse la somma che se gli doveva altrove pagare, mettendogli a conto il costo della rimessa, ne veniva in conseguenza ch' egli potesse parimenti obbligarlo a compensarla. Ma questa azione *de eo quod certo loco* non essendo più in uso fra noi, nè potendo il creditore esigere il pagamento d' una somma, pagabile in un luogo prefisso, che in quel luogo ov' essa è pagabile, *supra n.* 239, parrebbe che se ne dovesse conchiudere non poterla egli opporre in compenso di ciò che in un altro luogo egli deve. Nulladimeno Domat, p. 1, l. 4, t. 2, sez. 2, n. 8, opina che si debba ammettere questa compensazione, rendendo conto del valore della rimessa. Ciò sembra giusto, essendo la compensazione un oggetto che esige il più esteso favore. (Il Codice civile così pur lo ha deciso all' art. 1296.)

598. Egli è evidente che io non posso opporvi, in compenso di quanto io vi devo, il capitale d' una rendita costituita che voi mi dovete, ma le sole annualità decorse; giacchè il capitale di una rendita non è pro-

propriamente dovuto, ma solo *in facultate luitionis.*

§. III.

Come si faccia la compensazione e quali siano i suoi effetti.

599. La compensazione si fa *ipso jure*, cioè per immediata operazion della legge: *placuit id quod invicem debetur, ipso jure compensari*; leg. 21, ff. *de compens.* (*Cod. civ. art.* 1290.) Eravi nondimeno a questo proposito qualche differenza nell'antico diritto romano, fra i debiti che procedevano dai contratti *bonae fidei*, e quelli che derivavano dai contratti *stricti juris*. Cotesta differenza venne abrogata dalla costituzione di Giustiniano, nella legge fin. cod. *d. t.* *Compensationes ex omnibus actionibus* ipso jure *fieri sancimus*; *d. l.*

Quando si dice che la compensazione si fa di pieno diritto, *ipso jure*, ciò significa che la si fa per sola virtù della legge, senza bisogno che il giudice la pronunci, o venga opposta da qualcheduna delle parti.

Tostochè quegli ch'era creditore di una persona, addiviene suo debitore di una somma, od altra quantità suscettibile di compensazione con quella di cui era prima creditore; e *vice versa* tostochè quegli ch'era debitore d'una persona, diventa suo creditore d'una somma parimenti suscettibile di compensazione con quella di cui era debitore, la compensazione si fa, ed i debiti rispettivi sono da quel momento estinti sino alla debita concorrenza, per la sola virtù della legge della compensazione.

Siffatta interpretazione è conforme alla spiegazione che tutti i lessicografi danno a quei termini *ipso jure*. Ipso jure *fieri dicitur*, dice Brisson, *quod ipsa legis potestate et auctoritate, absque magistratus auxilio et sine exceptionis ope fit.* — Verba *ipso jure*, dice Spigelio, *intelliguntur, sine facto hominis.*

Ipso jure *consistere dicitur*, dice Pratejo, *quod ex sola legum potestate et auctoritate, sine magistratus opera consistit.*

La nostra massima che la compensazione estingua i debiti rispettivi *ipsa juris potestate*, senza che venga opposta dalle parti, o

pronunciata dal giudice, è stabilita non solo da' termini *ipso jure*, di cui si servon le leggi, termini ai quali non si può dare altro senso, ma eziandio dagli effetti che i testi legali attribuiscono alla compensazione.

Per esempio, Paolo, *sent.* II, 5, 3, dice, che se il mio creditore mi domanda la somma intiera di cui era creditore, senza offrirmi la deduzione di quella di cui è divenuto mio debitore, egli incorre per sì fatta domanda la pena di non chieder più oltre: *si totum petat, plus petendo causa cadit*; locchè suppone evidentemente il nostro principio, cioè, che avanti che io abbia opposta al creditore la compensazione, il debito del quale egli era divenuto mio debitore, aveva già diminuito ed estinto il suo credito sino alla debita concorrenza; altrimenti egli non sarebbe nel caso di poter chiedere di più.

Gli altri effetti della compensazione, che si spiegheranno in appresso, confermano del pari la nostra massima su questo proposito.

Riguardo ai testi legali soliti ad opporsi contro la nostra massima, nei quali si fa parola della compensazione opposta contro

la domanda di un creditore, e delle compensazioni ammesse o rigettate dal giudice, essi nulla decidono contro la nostra massima, nè si deve inferirne che la compensazione debba essere opposta o pronunciata ond'ella possa aver luogo. Egli è vero che se quegli che era mio creditore di una certa somma, e che in appresso è divenuto mio debitore di una egual somma, promuove contro di me una domanda per indurmi al pagamento della medesima, io sarei obbligato, onde difendermi da tale domanda, ad opporgli la compensazione della somma, di cui è divenuto mio debitore; senza di che, il giudice che scorgerebbe il suo documento di credito, e che non può indovinare il credito che ho dal mio lato contro di lui, non mancherebbe di far ragione sulla di lui domanda. Egli è perciò che in quei testi si fa menzione di compensazioni opposte da una parte, ammesse o rigettate dal giudice; ma non se ne può in verun modo concludere che il debito non sia stato pagato colla compensazione, avanti che io l'abbia opposta. Io non sono obbligato ad opporre la compensazione che per istruire

il giudice, che la compensazione si è fatta; cosicchè se taluno mi chiede un debito che ho già pagato, io sono tenuto, per istruire il giudice, ad opporre e presentar le quittanze.

Si suole altresì opporre contro il nostro principio la legge 6, Cod. *de compens.*, ove la compensazione è chiamata *mutua petitio;* locchè parrebbe supporre che le azioni rispettive delle parti sussistessero prima che il giudice avesse pronunciata la predetta compensazione. A ciò si risponde non essere, la compensazione opposta dal reo convenuto, chiamata *mutuo petitio* in detta legge che in un senso assai improprio; ciò che non significa altra cosa che la semplice allegazione del credito rispettivo che il convenuto aveva contro l'attore, ed in forza del quale quello dell' attore rimase estinto. La nostra risposta è fondata sulla legge 21, ff. *de compens.*, ov'è espressamente marcato che quegli che allega la compensazione non forma già una domanda rispettiva, ma si difende soltanto da quella che è promossa contro di lui, facendo conoscere ch'essa non giunge sino all'ammon-

tar della somma opposta in compensazione: *postquam placuit inter omnes*, dice questa legge, *id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere* (per essere ammesso ad allegare la compensazione, come vi sarebbe obbligato qualora formasse una domanda o riconvenzione); *quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur* : vale a dire *non ipse compensat, non ipse aliquid mutuo petit, sed allegat compensationem ipso jure factam, quae ab initio jus petitoris ipso jure minuit.*

600. Gli effetti della compensazione sono altrettante conseguenze del principio da me stabilito.

Questi effetti sono, 1.° che se il mio creditore al quale ho consegnati degli effetti in pegno, è divenuto mio debitore, io possa ripetere i detti effetti, offrendogli solo ciò che io gli debbo di più di quello ci mi deve; imperciocchè la compensazione che fassi dei nostri debiti rispettivi sino alla debita concorrenza, tiene luogo di pagamento del soprappiù. Questa è la decisione della legge 12, Cod. *de compens.*

2.° Se voi aveste contro di me un credito d'una somma di danaro che producesse di sua natura interessi, e che poscia voi foste addivenuto mio debitore di una somma di denaro; quantunque il mio credito non fosse al pari del vostro, atto a produrre interessi, ciò non di meno si riterrebbe che il mio credito, attesa la virtù della compensazione, avesse soddisfatto il vostro sino alla debita concorrenza, dal giorno che voi ne siete divenuto debitore; e da tal giorno gl'interessi, sino alla debita concorrenza, avranno cessato di aver corso. Per esempio, se voi foste mio creditore d'una somma di mille lire per il prezzo di un fondo che voi mi aveste venduto e consegnato, e che dopo voi foste addivenuto unico erede di Pietro, che mi doveva una somma di ottocento lire per causa di un puro prestito. Dal dì che diveniste erede di Pietro, ed in tal qualità mio debitore di questa somma, vale a dire dal giorno della morte di Pietro, il vostro credito di mille lire si reputa già soddisfatto da quel medesimo giorno, sino all'ammontare della predetta somma di ottocento

lire; e non più sussistere che per le rimanenti duecento lire; e da detto giorno gl'interessi avranno cessato di correre, tranne la rimanente predetta somma di lire duecento. Questo è ciò che venne deciso dalla costituzione di Settimio Severo, secondo che lo stesso Ulpiano lo riferisce: *quum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas*; Leg. 4, ff. *de compens.*

La stessa decisione si trova nella costituzione d'Alessandro: *si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius quod amplius apud alterum est usurae debentur*: Leg. 4, Cod. *d. tit.*

Questo effetto della compensazione non ha luogo che nelle compensazioni ordinarie, *quantitatis certae ac determinatae ad certam ac determinatam quantitatem*, le quali si fanno *ipso jure*. Ma nelle compensazioni che hanno luogo dal giorno soltan-

to in cui vengono opposte, il corso degli interessi non dee cessare che da tal giorno. Se, per esempio, voi foste stato mio creditore di una somma di mille lire per il prezzo d'un fondo che voi mi aveste venduto, e che portasse per conseguenza degl' interessi; e che dopo voi foste divenuto erede universale di Pietro che mi ha legato due cavalli da carrozza, od una somma di mille lire a mia scelta; gl' interessi della somma di mille lire che io vi debbo non cesseranno di decorrere dal giorno della morte di Pietro, che è il giorno in cui siete divenuto debitore del legato da esso fattomi; essi non cesseranno di aver corso che dal giorno che io avrò dichiarato di aver scelta la somma di mille lire per mio legato. Da questo giorno soltanto si fa la compensazione di questa somma con quella che io vi debbo, come noi l'abbiamo diggià osservato *supra*, *n.* 593.

601. 3.° Quantunque non possa essere obbligato il mio creditore a ricevere in parte il pagamento reale che io volessi fargli, *n.* 498; nulladimeno qualora sia divenuto mio debitore di una somma mi-

nore di quella da me dovutagli non può opporsi alla parziale estinzione del suo credito che in questo caso si fa in vigore della compensazione, come risulta dalle leggi già riportate di sopra.

602. 4.° Nel caso che io fossi stato debitore verso di voi di tre mila lire per tre differenti motivi, e che fossi divenuto in seguito vostro creditore di mille lire, la compensazione del credito di mille lire da me acquistato verso di voi si deve fare con quello dei tre debiti da cui io ho maggior interesse di essere liberato. E la ragione si è che la compensazione equivalendo al pagamento, siccome nei pagamenti l'imputazione si fa sempre su quello dei debiti che il debitore ha maggior interesse di pagare, *n.* 530 *di sopra;* ugualmente la compensazione deve sempre farsi col debito che si ha maggior interesse di estinguere. (*Cod. civ. art.* 1297.)

Questa decisione però non vale che nel caso in cui i diversi debiti a cui io sono tenuto verso di voi fossero tutti precedenti al credito da me acquistato in appresso. Ma se essendo vostro debitore di una som-

ma di mille lire sono divenuto in seguito creditore verso di voi di una egual somma; ed ho contratto in appresso un nuovo debito verso di voi medesimo; abbenchè fosse questo un debito che io avessi maggior interesse del primo di estinguere; ciò non ostante voi potrete dimandarne il pagamento senza che io abbia il diritto di opporvi la compensazione del mio credito; essendo questo rimasto estinto nell'istesso momento che fu da me acquistato in forza della compensazione che si è fatta di pieno diritto tra questo credito e il primo che voi avevate contro di me. Tindar *tractat. de compens.*, *art.* 9 *in fine*. *Sebast. Medic.*, *part.* 2, §. 12.

603. Se il mio creditore d'una data somma è divenuto in seguito debitore di altrettanto verso di me, e non ostante la compensazione che ha estinto di pieno diritto i nostri crediti rispettivi, io l'ho pagato, potrò ripetere come indebita la somma pagata coll'azione che dicesi *condictio indebiti*. Tale si è la decisione di Ulpiano nella legge 10, §. 1, ff. *de compens*. *Si quis compensare potest solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.*

Questo fatto prova e dimostra eccelentemente il principio prestabilito, che la compensazione si fa di pieno diritto, ed estingue in forza della sola legge i rispettivi debiti delle parti senza che sia stata opposta da alcuna di esse, nè pronunciata dal giudice; altrimenti in questo caso, che avendo io pagato la compensazione non era stata nè pronunciata, nè opposta, non si potrebbe dire che io ho pagato ciò che non dovea.

Nasce da ciò una questione che potrebbe farsi nell' ipotesi seguente. Io era vostro debitore di una somma di mille lire, e sono divenuto in seguito erede unico di Pietro vostro creditore di egual somma per titolo di conguaglio di divisione. Non ostante che in questo caso io avrei potuto far uso della compensazione, vi ho pagata la somma di mille lire. I vostri creditori hanno oppignorato in appresso i vostri beni e quelli segnatemente pervenuti dalla divisione fatta con Pietro. Io mi sono opposto al deliberamento e dimando di essere collocato nel mio grado per conservare il privilegio sul prezzo dei detti beni a causa

del conguaglio di divisione da voi dovuto a Pietro a cui io sono successo. Gli altri creditori possono essi ragionevolmente opporvisi? Sembrami che siano bene appoggiati per la ragione che il credito di Pietro per il conguaglio preacennato di divisione restò estinto nell'istesso tempo che io sono successo in forza della compensazione avvenuta tra questo credito da me acquistato contro di voi e quello della egual somma di mille lire che voi avevate prima contro di me. Il pagamento da me fattovi successivamente non ha potuto far rivivere i nostri crediti rispettivi estinti dalla compensazione, nè mi ha potuto dare che una semplice azione per la ripetizione della somma pagata come pagata indebitamente; e quest'azione non ha alcuna ipoteca, o tutt'al più una ipoteca semplice dal giorno della fattane inscrizione. Nè poteva essere in mia facoltà, pagandovi spontaneamente un debito già estinto in forza della compensazione tra questo debito e il credito da me ottenuto contro di voi, di far rivivere il mio credito, e le ipoteche ad esso unite in pregiudizio dei creditori posterio-

ri e del diritto ipotecario di priorità da essi acquistato in forza della compensazione che aveva già estinti i nostri crediti rispettivi.

Non ostante queste ragioni io credo che bisogna fare alcune distinzioni su questa quistione. Se io vi ho pagate le mille lire di debito dal mio canto dopo che mi è pervenuta la eredità di Pietro, ma prima che mi fosse noto che in questa eredità trovavasi il credito di mille lire contro di voi; in questo caso io sono di parere che io ho il diritto di conservare nel mio grado il privilegio per il credito di mille lire del compendio della eredità di Pietro, e devesi ritenere che in questo caso non si è fatta alcuna compensazione. La ragione si è che la compensazione essendo una finzione di legge, la quale suppone che le parti siansi rispettivamente pagate dall'istante che sono divenute creditrici e debitrici nello stesso tempo l'una verso dell'altra, questa finzione che è stabilita in favor delle parti tra cui si fa la compensazione non deve aver luogo se non quando non può loro arrecare alcun pregiudizio, e trarle in errore, non dovendo giammai un bene-

ficio di legge pregiudicare a coloro a cui la legge stessa lo accorda. *Beneficium legis non debet esse captiosum.* Non si deve adunque supporre in questo caso che siavi stata compensazione alcuna perchè mi sarebbe stata dannosa, e mi avrebbe indotto in errore avendomi fatto perdere senza mia colpa una somma di mille lire per cui aveva una ipoteca privilegiata. Altrimenti però si deve decidere qualora io non vi avessi pagate le mille lire dovutevi dal canto mio se non dopo l'inventario dell'eredità di Pietro da cui ho potuto rilevare il credito che aveva questa eredità contro di voi. Nulla impedisce in questo caso di supporre che la compensazione abbia estinti i nostri rispettivi crediti. Non è già la legge della compensazione che mi ha arrecato del danno, nè che mi ha indotto in errore. Se io perdo le mille lire imprudentemente pagate, ciò non deve imputarsi alla legge della compensazione: tutta la colpa è mia, che ho voluto pagarvi un debito che io sapevo essere già estinto in forza della compensazione: nè poteva essere in vostra facoltà di far rivivere con questo pagamento il mio

credito in frode del diritto acquistato dai posteriori creditori.

604. Che dovrassi decidere nel caso seguente? Io era vostro debitore della somma di mille lire: in seguito sono divenuto vostro creditore di altrettanto, *puta*, essendo rimasto unico erede di Pietro a cui voi dovevate una egual somma. Dietro la vostra dimanda fatta contro di me per il pagamento di questa somma da me dovuta di mille lire, avendo ommesso di opporvi la compensazione di quella da voi dovutami, venni condannato a pagarvi questa somma, e ve l'ho realmente pagata in esecuzione della sentenza. In questo caso non mi compete alcun regresso? Non posso avere, come nel precedente caso, l'azione *condictio indebiti*? La legge 2, Cod. *de compens.*, decide, che sebbene io avessi potuto opporvi ancora la compensazione del mio credito contro la vostra procedura per la esecuzione della condanna, non si farà perciò luogo all'azione *condictio indebiti*, perchè ciò che è pagato in esecuzione di una condanna, non può riguardarsi come pagato senza causa. Ora quest' azione *condictio indebiti* non si

veri-

verifica se non qualora il pagamento sia stato fatto senza alcuna causa, e per conseguenza senza condanna. *Pecuniae indebitae per errorem* non ex causa judicati *solutae esse repetitionem jure conditionis non ambigitur.* Leg. 1, Cod. *de Cond. indeb.* Sarò io dunque privo in questo caso d'ogni rimedio? In questo caso bisogna dire che sebbene secondo la sottigliezza di diritto la compensazione abbia estinti i nostri crediti rispettivi dallo stesso momento che io sono successo a quello che aveva Pietro contro di voi, nulladimeno questa compensazione deve riguardarsi in questo caso come non avvenuta; il credito a cui io sono successo, e l'azione che ne deriva mi si devono restituire, ed io devo essere ammesso ad intentarla. La ragione si è che questa compensazione essendo stata privata del suo effetto in rapporto a voi, ed al credito che avevate contro di me in forza della sentenza che mi ha condannato al di lui pagamento, l'equità non permette che dessa possa sussistere in riguardo a me ed al credito che aveva dal canto mio contro di voi. Così

decide benissimo Tindaro nel suo trattato *de Compensat.*, e tale è il senso ch' esso dà alla legge 7, §. 1, ff. *de Compensat.*, la quale dice: *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio.* Vale a dire quando il giudice ha condannato una delle parti verso l'altra non ostante la compensazione che aveva estinto i loro rispettivi crediti, sia per non essere stata opposta, sia perchè essendo stata opposta il giudice non vi abbia fatto ragione, rimane sempre salvo il credito che avea la parte condannata verso dell' altra: *salva manet petitio: lex enim*, dice Tindaro, *hoc casu restituit actionem peremptam, ex maxima necessitate sicut facit in multis casibus aequitate suggerente.* Vedi la legge 1. in fin. ff. *ad Vellejan.*

Il mio credito sarammi restituito con tutte le ipoteche che vi erano annesse, oppure senza di esse? Io son d'avviso che in questo caso si debba fare una distinzione. Se non vi ha luogo a sospettare, che per collusione con voi, e per farvi avere una somma di denaro in pregiudizio dei vostri creditori, io non vi ho opposta la compensa-

zione del crdito di Pietro a cui io sono successo, *puta* perchè all' epoca della condanna non ne avevo ancora cognizione, e appena si sapeva dal pubblico la morte di Pietro, od almeno allorchè non si era ancor fatto l'inventario dei titoli della sua eredità che solo poteva darmi contezza del medesimo; in questo caso io penso che il credito mi debba essere restituito colle sue ipoteche. Ma se avendo già cognizione del credito che aveva contro di voi, e per cui ero successo a Pietro, mi sono lasciato condannare senza opporvi la compensazione; oppure se non l'ho opposta che *perfunctorie* senza precisarla, di modo che il giudice non ha potuto farmi ragione, in questo caso il mio credito contro di voi veramente mi sarà restituito; ma non sarò ammesso a far valere le ipoteche all' istesso credito unite in pregiudizio dei creditori posteriori secondo l' ordine delle ipoteche, che avevano già acquistato il diritto ipotecario di priorità dal momento che io sono successo al credito di Pietro per la compensazione, e l' estinzione in allora fattasi dei nostri crediti rispettivi: l' equità non permette che

per una collusione io venga a privare questi creditori del diritto già da loro acquisito. (*Codice civile art.* 1299.)

CAPO V.

Dell' estinzione del debito che si fa colla confusione.

605. Chiamasi *confusione* il concorso di due qualità nello stesso soggetto, che si distruggono a vicenda. (*Cod. civ. art.* 1300.)

Quella di cui parlasi si è il concorso delle qualità di creditore e debitore dello stesso debito in una stessa persona. Noi vedremo, 1.° in qual caso succede questa confusione; 2.° Quale ne sia l' effetto.

I giureconsulti romani ammettevano anche un' altra specie di confusione nel caso di successione di un fidejussore al debitor principale o vice versa. Noi non ne faremo parola, avendone già trattato di sopra, *Part.* 2, *cap.* 6, *sez.* I, *coroll.* 6.

§. I.

In qual caso succede questa confusione

606. Questa confusione succede allorquando il creditore diventa erede del suo debitore, o vice versa quando il debitore diventa erede del suo creditore, perchè succedendo l' erede a tutti i diritti tanto attivi che passivi del defunto, quando il creditore diventa erede del suo debitore, in questa qualità di erede diventa debitore del debito di cui è creditore dal canto suo; e vice versa quando il debitore diventa erede del suo creditore, in questa sua qualità di erede diventa anche creditore del debito di cui è debitore della sua parte. Tanto nell' uno, che nell' altro caso adunque trovansi concorrere nella stessa persona le qualità di creditore e debitore dello stesso debito.

Lo stesso avviene quando il creditore succede al debitore per qualche altro titolo che lo aggrava de' suoi debiti, come se fosse suo donatario universale, oppure quan-

do il debitore succede per qualsivoglia titolo al credito del creditore. In tutti questi casi le qualità di creditore e debitore dello stesso debito si trovano concorrere nella stessa persona.

Lo stesso avviene pure anche allorquando una stessa persona diventa erede del creditore e del debitore, oppure succede all'uno, o all'altro per qualsivoglia titolo universale.

L'accettazione di una eredità col beneficio dell'inventario non opera alcuna confusione, perchè uno degli effetti del beneficio dell'inventario si è appunto che l'erede beneficiario, e l'eredità siano riguardate come due differenti persone, e che non siano confusi i loro rispettivi diritti. (*Cod. civ. art.* 802.)

§. II.

Dell'effetto della confusione.

607. Per il concorso di queste due contrarie qualità di creditore e debitore di una stessa persona, è evidente che si distrug-

gono vicendevolmente, perchè non si può essere nello stesso tempo e creditore e debitore: non si può essere creditore di se stesso, nè debitore verso se stesso. Da ciò risulta indirettamente l'estinzione del debito quando non avvi alcun altro debitore, perchè siccome non può esservi un debito senza debitore, estinguendo la confusione la qualità di debitore nella persona che sola era debitrice, nè conseguentemente restandovi alcun altro debitore, non può più esservi alcun debito. *Non potest esse obbligatio sine persona obligata.*

608 L'estinzione dell'obbligazion principale che si fa colla confusione allorquando il creditore diventa erede del debitor principale, o vice versa, trae seco l'estinzione dell'obbligazione de' fidejussori; leg. 38, §. 1, ff. *de fidejus.*; leg. 34, §. 8, e leg. 71, ff. *de solutionibus.* La ragione si è che le obbligazioni de' fidejussori non sono che accessorie dell'obbligazione del debitor principale: *fidejussor accedit obligationi rei principalis.* Da ciò pertanto ne viene che esse non possono sussistere quando non sussiste più l'obbligazion principale, secondo

la regola di diritto: *Quum principalis causa non subsistit ne ea quidem quae sequuntur locum habent.* L. 129, §. 1, ff. *de regul. jur.*; e l'altra *quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint.* L. 2, ff. *de pecul. leg.* (*Cod. civ. art.* 1301.)

Aggiungasi che la fidejussione suppone sempre un debitor principale, per cui siasi il fidejussore istesso obbligato; d'onde ne segue che allorquando mediante la confusione non esiste più il debitor principale per cui siasi obbligato il fidejussore, non può nemmeno esistere il fidejussore. Questa è la ragione che ci dà la legge 38, §. 1, ff. *de fidej.*; *quia nec reus est pro quo debeat.*

Aggiungasi ancora ch'ella è ben cosa ripugnante che io sia obbligato per alcuno verso di lui medesimo: egli è adunque necessario che l'obbligazione del fidejussore si estingua quando la persona per cui esso è obbligato diventa coll'accettazione dell'eredità del creditore la stessa persona che quella verso cui il fidejussore istesso si è obbligato, *fidejussores ideo liberari, quia*

pro eodem apud eumdem debere non possunt. Tale si è la ragione della legge 34, §. 8, *de solut.*

609. Vice versa l' estinzione che si fa colla confusione dell' obbligazione del fidejussore quando il creditore diventa erede del fidejussore, o che il fidejussore diventa erede del creditore, non trae seco l' estinzione dell' obbligazione del debitor principale. *Si creditor fidejussori haeres fuerit, vel fidejussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum*; leg. 71, ff. *de fidejuss.* (*Cod. civ. art.* 1301.) La ragione di questa differenza si è che l' obbligazione accessoria non può realmente sussistere senza l' obbligazion principale, ma perchè sussista l' obbligazion principale non ha bisogno dell' accessoria.

La confusione diversifica in questo dal pagamento. E la ragione di questa diversità si è che il pagamento fa sì che la cosa non sia più dovuta, perchè la cosa dovuta cessa di esserlo qualora sia stata pagata da qualsivoglia persona. Ora quando non è più dovuta alcuna cosa, non può più esservi nè debitor principale nè accessorio. Per con-

seguenza il pagamento fatto dal fidejussore
avendo fatto sì che la cosa dovuta dal fi-
dejussore, che è la stessa di quella dovuta
dal creditore, non sia più dovuta, nè re-
stando più dovuta alcuna cosa, è necessa-
rio che l' obbligazione del debitor princi-
pale sia estinta nella stessa maniera che lo
è quella del fidejussore che ha pagato.

Lo stesso dicasi della remissione reale,
della compensazione, della novazione e
delle altre specie di liberazione equivalenti
al pagamento.

La confusione all'opposto fa solamente
che la persona del debitore in cui si trova
concorrere la qualità di creditore cessi di
essere obbligata, perchè non lo può essere
verso se stessa: *Personam eximit ab obli-
gatione.* Ma nulla toglie che non sussista
l'obbligazione del debitor principale quan-
tunque il fidejussore abbia cessato di essere
obbligato.

Per la stessa ragione quando il creditore
di due debitori solidarj diventa erede di
uno di essi, o viceversa quando uno di
essi diventa erede del creditore, l' altro
condebitore rimane sempre obbligato.

Ma lo sarà egli per il totale? la legge 71, ff. *de fidej.* decide che se questi debitori solidarj erano socj, il condebitore che in tale caso non era debitore per la totalità se non sotto la condizione del regresso contro quello nella cui persona è accaduta la confusione, non rimanesse obbligato che sotto la deduzione della quota per cui avrebbe avuto il regresso contro del medesimo, non essendo giusto che la confusione ne lo privi.

Secondo il nostro diritto francese, ciascuno dei debitori solidarj, benchè non siano socj, avendo regresso, pagando, contro gli altri per la loro porzione, come abbiamo veduto di sopra n. 281, bisogna indistintamente decidere che allorquando succede la confusione del debito nella persona di uno dei debitori solidarj, l'altro non rimane obbligato che sotto la deduzione della quota per cui avrebbe avuto il regresso contro quello nella di cui persona si è fatta la confusione. Noi abbiamo già veduto di sopra n. 275, che allorquando il creditore avesse liberato uno dei debitori solidarj, l'altro non resterebbe più obbligato

che sotto la deduzione della quota per cui avrebbe avuto il regresso contro il condebitore liberato; per la stessa ragione adunque il condebitore di quello che è stato liberato in forza della confusione, non deve rimaner debitore che sotto la deduzione della quota per cui avrebbe avuto il regresso contro di lui. (*Cod. civ. art.* 1301.)

610. Se quello che era creditore di una determinata somma mi ha ceduto il suo credito, e sia poi divenuto erede dello stesso Pietro debitore prima ch' esso abbia accettata la cessione, o che io gliel' abbia fatta intimare, succede per verità la confusione ed estinzione del debito di Pietro ch' esso mi ha ceduto; ma siccome in forza della fattami cessione esso era divenuto mio debitore di questo diritto di credito cedutomi, ed è per l' accettazione da esso fatta della eredità del debitore, ed in conseguenza per un suo fatto proprio che il credito cedutomi rimane estinto, egli è perciò obbligato a darmene il valore, perchè ogni debitore è tenuto a pagare il prezzo o valore della cosa dovuta quando per un suo fatto proprio ha cessato di esistere, come vedremo infra n. 625.

Se poi quando il mio cedente è divenuto erede del mio debitore la cessione era già stata accettata od intimata, non si sarebbe verificata la confusione perchè effettivamente esso non era più il creditore, ed io lo era divenuto in sua vece.

611. Quando il creditore diventa erede non del debitore, ma di quello che era obbligato a pagare il debitore, non succede per verità la confusione del debito, ma desso si estingue per lo meno indirettamente, e quanto ai suoi effetti. Egli non può pretenderlo più dal debitore essendo successo all'obbligazione di garantirlo ed indennizzarlo.

612. Perchè succeda la confusione totale del debito, bisogna che la stessa persona riunisca in se non solo la qualità di creditore, ma quella di creditore della totalità, e così pure non solo la qualità di debitore, ma quella di debitore per il totale.

Se quello che non è che creditore in parte diventa erede unico del debitore, è chiaro che non succede la confusione ed estinzione del debito, che per la quota di cui è creditore; e viceversa se il credi-

tore della totalità diventa erede di quello che non è debitore che in parte, non succede la confusione, che per questa quota di debito.

Non meno evidente si è che allorquando il creditore della totalità diventa uno degli eredi del debitore del totale succede la confusione ed estinzione del debito solamente quanto alla quota per cui è erede, e per cui è tenuto a tutti gli altri debiti della eredità; ma il credito sussiste contro i suoi coeredi per la parte di debito a cui ciascuno di essi è tenuto. Leg. 50. ff. *de fidej.*, leg. 1. *Cod. de hered. act.*

CAPO VI.

Dell' estinzione della obbligazione per l' estinzione della cosa dovuta, oppure quando non è più suscettibile di obbligazione, od è perduta di modo che si ignori il luogo in cui si trova.

ARTICOLO PRIMO.

Esposizione generale dei principj su questo modo con cui si estinguono i debiti.

613. Non può esservi debito senza che sia dovuta una qualche cosa che sia l' oggetto e la materia della obbligazione; donde ne segue che allorquando la cosa che era dovuta viene a perire, nulla essendovi più che formi l' oggetto e la materia della obbligazione, non può nemmeno più esistere obbligazione alcuna. L' estinzione adunque della cosa dovuta importa necessariamente la estinzione della obbligazione. Leg. 33, 37, ff. *de verb. oblig.* (*Cod. civ. art.* 1302.)

614. Per la stessa ragione se la cosa che era dovuta divenne in seguito non suscettibile di essere l' oggetto e la materia di una obbligazione, non può più rimanervi obbligazione alcuna. Ciò avviene quando la cosa che era dovuta diventa fuori di commercio. Perciò dice Ulpiano. *Is, qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem, non tenetur*; leg. 51, ff. *de verb. oblig.* (*Cod. civ. ivi.*)

Secondo questo principio se voi vi siete obbligato a darmi un certo pezzo di terreno, e che in seguito per la pubblica autorità sia stato occupato all' oggetto di fare una grande strada, rimane estinto il mio credito che avea di questa pezzo di terra, perchè essendo divenuto fuori di commercio non è più suscettibile di essere l' oggetto e la materia di un credito, e di una obbligazione. Quindi nulla più essendovi che possa essere l' oggetto del credito che io aveva, non può più in alcuna maniera sussistere.

615. Non solo rimane estinta la obbligazione quando la cosa che era l' oggetto della medesima diventa assolutamente non suscet-

suscettibile di obbligazione ; ma lo è pure quando la stessa cosa che mi era dovuta cessa di poter essermi dovuta quantunque possa essere suscettibile di obbligazione verso un altro.

Un primo esempio si riscontra nella legge 136, §. 1, ff. *de verb. oblig.* Voi vi siete obbligato a farmi avere un diritto di passaggio per il mio fondo sul fondo vicino: io ho poi alienato il mio fondo prima che questa servitù sia stata imposta e senza cedere al compratore il mio credito per questo diritto di passaggio. Questo credito rimane estinto perchè il diritto di passaggio che ne era l'oggetto non può più essermi dovuto, non potendo essere dovuto che al proprietario del fondo.

616. Un secondo esempio si è quando colui che è creditore di un corpo determinato in forza di un titolo lucrativo, ne diviene proprietario in forza di un altro titolo parimenti lucrativo. Il credito di questa cosa in tale caso rimane estinto. *Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur quum ea species ex causa*

lucrativa ad creditores pervenisset. Leg. 17, ff. *de oblig. et act.*

La ragione si desume dal nostro principio. Quando io sono divenuto proprietario della cosa dovutami, essa non può più essermi dovuta perchè ciò che è già mio non può più essermi dovuto, e sarebbe ben ripugnante che alcuno fosse obbligato a darmi ciò che è già mio. *Nam quod meum est, amplius meum fieri non potest.* Nulla più essendovi adunque che possa essere l'oggetto della obbligazione, essa non può sussistere.

Quindi la regola dei dottori: *duae causae lucrativae in eamdem rem, et personam concurrere non possunt.*

617. Perchè il debito si estingua quando il creditore è divenuto proprietario della cosa che gli era dovuta, bisogna che ne abbia acquistata una piena e perfetta proprietà, altrimenti il debito sussiste, e il debitore di questa cosa è obbligato di compire al creditore ciò che gli manca per la perfezione del diritto di proprietà ch' egli ha della cosa stessa.

Se alcuno per esempio mi ha legato un

fondo che sapeva non essere suo, e che dopo la sua morte, ma prima dell' esecuzion del legato, il proprietario me ne abbia fatta donazione colla riserva di usufrutto; quantunque io sia divenuto proprietario della cosa che mi era dovuta non è però estinto il credito di questo fondo che io ho contro l' erede del testatore, perchè manca qualche cosa ancora alla perfezione della mia proprietà, l' usufrutto cioè di cui è aggravato il mio fondo. L' erede adunque del testatore rimane debitore del fondo in questo senso che è obbligato a redimermi l' usufrutto che manca, o a pagarmene il prezzo. (Attualmente il legato della cosa altrui è nullo.)

Se mi venne donata la piena proprietà, ma la donazione è però soggetta a revoca, *puta* per causa di sopravvenienza di figli giacchè il donante non ne avea quando mi fece la donazione, in questo caso manca qualche cosa ancora alla perfezione della mia proprietà secondo questa regola: *Non videtur perfecte cujusque id esse, quod ei ex causa auferri potest*; leg. 139, §. 1, ff, *de reg. juris*. Perciò il debitore rimane ob-

bligato a garantirmi il fondo qualora la fattami donazione venisse in seguito ad essere rivocata per sopravvenienza di figli.

618. E' necessario anche perchè il mio credito sia estinto che io sia divenuto proprietario della cosa di cui ero creditore per un titolo lucrativo. Se non l' ho acquistata che a titolo oneroso, *puta*, se mi fu venduta, quello che era debitore verso di me della cosa stessa non è liberato, perchè quando l' acquisto della cosa stessa viene a costarmi una somma, non si può supporre che io l' abbia perfettamente acquistata. *Hactenus mihi abesse res videtur quatenus sum praestaturus*; leg. 34, §. 8, ff. *de legatis* 1. Il credito adunque che io aveva di questa cosa non cessa di sussistere ancora all' effetto di farmi rimborsare quanto me ne ha costato l' acquisto.

619. Finalmente perchè il mio credito sia estinto quando io sono divenuto proprietario, benchè a titolo lucrativo, della cosa dovutami, bisogna che questo credito proceda parimenti da un titolo lucrativo, perchè se io ero creditore a titolo oneroso, *puta*, a titolo di compera, il mio credito non sa-

rebbe estinto. *Quum creditor ex causa onerosa, vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilominus integras actiones retinent*; *leg.* 19, *ff. de oblig. et act.* Aggiungi la leg. 13, §. 5. ff. *de act. empt.*

Per esempio, se io ho comperato da voi un fondo che non era vostro e che in seguito ne sono divenuto il proprietario in forza della donazione e del legato fattomi dal vero padrone, non è estinto il mio credito risultante dalla vendita che mi avete fatta. La ragione si è, che ogni debitore a titolo oneroso, come è un venditore, è obbligato alla garanzia della cosa dovuta, e che questa garanzia consiste nell' obbligazione che contrae il venditore di fare avere al compratore la cosa in forza della vendita fattagli *praestare emptori rem habere licere ex causa venditionis ipsi factae.* Basta adunque che io non ritenga la cosa in forza della vendita da voi fattami, quantunque d' altronde ne sia il proprietario, perchè si faccia luogo alla garanzia.

620. Una cosa perduta di maniera che si ignori dove si trova, è ben poco diversa da quella che ha cessato di esistere; perciò

se questa perdita è avvenuta senza colpa del debitore, come quando per una violenza cui non potevasi resistere la cosa dovuta gli è stata rapita dai ladri che l' hanno trasportata non si sa dove, il debitore è liberato dalla sua obbligazione come se la cosa avesse cessato di esistere; con questa differenza però che una cosa che ha cessato di esistere non potendo più rivivere, il debitore quando la cosa ha cessato di esistere è liberato assolutamente dalla sua obbligazione, mentre una cosa perduta potendo ancora ritrovarsi, il debitore in questo caso non è liberato dalla sua obbligazione che pendente il tempo in cui sarà perduta e qualora non si ritrovi. (*Cod. civ. art.* 1302).

Rimane ancora una questione su questa materia. Quando il debitore di un corpo determinato che non si è addossato i casi fortuiti, e che è soltanto tenuto agli avvenimenti accaduti per sua colpa, allega che la cosa da esso dovuta è perita, o si è perduta senza di lui colpa, o per un caso fortuito, spetta al creditore di provare che la perdita è avvenuta per colpa del debitore? O all'opposto spetta al debitore di provare il caso

fortuito per cui pretende che sia avvenuta? Io credo che si debba decidere che spetti al debitore di provare il caso fortuito. (*Cod. civ. ivi*). Se un attore è obbligato di somministrare la prova di tutto ciò che serve di fondamento alla sua domanda, il reo è parimenti obbligato di somministrare la prova di quanto serve di fondamento alle sue eccezioni. Il creditore che dimanda al suo debitore il pagamento della cosa ch' esso è obbligato a dargli, deve giustificare il credito che serve di fondamento alla sua domanda e lo giustifica presentandone i titoli. Il debitore che oppone per eccezione contro questa dimanda che è liberato dal debito di questa cosa per il caso fortuito che ne ha cagionata la perdita, deve giustificare il caso fortuito che serve di fondamento alla sua eccezione.

Tutto ciò è conforme a quanto insegna Ulpiano nella legge 19, *ff. de probat. In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere, idest probare debere.*

ARTICOLO II.

Quali siano le obbligazioni soggette ad estinguersi coll' estinzione della cosa dovuta, oppure quando non può più essere dovuta.

621. Le obbligazioni di un corpo certo e determinato è evidente che si estinguono coll'estinzione dello stesso determinato corpo.

Riguardo alle obbligazioni alternative, elleno non si estinguono coll' estinzione di una delle cose dovute sotto l'alternativa, ma questa obbligazione da alternativa che era in prima diviene determinata all' altra che rimane. La ragione si è che nella obbligazione alternativa di due cose, amendue le cose sono dovute, *sopra n.* 246; basta che ne rimanga una perchè vi sia una cosa dovuta, e in conseguenza un sufficiente soggetto di obbligazione.

Per esempio, se avendo due cavalli voi vi siete obbligato a darmene uno, la morte di uno di essi non estingue l' obbligazione, e voi dovete darmi l' altro che rimane, *non jam alternate, sed determinate.*

Dicasi lo stesso se una delle cose dovutemi sotto l'alternativa non può più essermi dovuta, *puta*, perchè ne sono divenuto il proprietario a titolo lucrativo: l'obbligazione in allora sussiste per l'altra cosa che rimane. *Si Sticum, aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus sit factus ex alia causa reliquus debetur mihi a te. L.* 16, *ff. de verb. oblig.*

Il principio da noi prestabilito che l'obbligazione alternativa non è estinta coll'estinzione di una delle cose che erano dovute sotto l' alternativa, oppure quando una di esse non può più essermi dovuta, non ha luogo se non quando ciò accade mentre la obbligazione è ancora alternativa; ma se la obbligazione fosse stata determinata ad una delle cose, *puta*, per l'offerta che ne avesse fatta il debitore, e la mora in cui avesse costituito il creditore a riceverla, in questo caso non vi ha dubbio che l'obbligazione sarebbe estinta per l' avvenuta estinzione della cosa stessa. L. 105, ff. *de verb. oblig.*

622. L' estinzione delle obligazioni per l' estinzione della cosa dovuta non può cadere sulle obbligazioni di una somma di

danaro o di una qualche quantità, come di tanti moggi di grano, di tante libbre di burro ec., nè su quella di un corpo indeterminato, come di una vacca, di un cavallo, senza determinare quale vacca, quale cavallo. In questo caso non potendo esservi estinzione di ciò che non è determinato, *genus non perit*, non può nemmeno esservi estinzione della cosa dovuta. Perciò la legge 11. Cod. *Si certum pet.*, decide che il debitore di una somma di denaro, non è liberato per l' estinzione de' suoi effetti. *Incendium aere alieno non exuit debitorem*, perchè il denaro e gli altri suoi effetti periti nell' incendio non sono la cosa dovuta, ma ella è una somma di denaro, la quale essendo indeterminata non può perire. Ma se l' obbligazione indeterminata erasi già determinata all' obbligazione di un corpo certo per l' offerta fattane dal debitore, e la mora in cui avesse costituito il creditore a riceverla, non vi ha dubbio che questa obbligazione diverrebbe da quel momento soggetta ad estinguersi per l' estinzione del corpo che è stato offerto.

623. Quando l' obbligazione non è asso-

lutamente indeterminata, e lo è di una cosa per verità indeterminata ma che fa però parte di un numero indeterminato di date cose, ella può estinguersi per l'estinzione di tutte le cose stesse.

Se alcuno per esempio mi deve *una botte di vino ch' esso ritiene nella tal casa*, e che in essa ne abbia cento, finchè in essa ne rimane l'obbligazione sussiste; ma se non ne rimane alcuna, *puta*, se una inondazione lo ha portato via tutto, l'obbligazione sarà estinta.

Questa decisione ha luogo quando i termini dell' obbligazione sono limitativi, e ristringono l'obbligazione a questo numero di cose; non sarebbe però lo stesso qualora i termini fossero soltanto dimostrativi. Per esempio se alcuno si fosse obbligato a somministrarmi una botte di vino *da prendersi tra quelle della di lui cantina*, quand' anche fossero perite per caso fortuito tutte le botti che erano nella cantina del debitore, l' obbligazione non sarebbe estinta perchè non è ristretta alle sole botti che erano nella cantina del debitore. Questi termini *da prendersi* non sono limitativi, ma soltanto

dimostrativi, e dinotano soltanto *unde solvetur*: ma non cadono sulla disposizione, nè la ristringono: essi non concernono che la di lei esecuzione. Vedi le Pandette di Giustiniano al titolo *de condit. et demonstrat. n.* 235.

ARTICOLO III.

Quali estinzioni della cosa dovuta estinguono il debito, e quando; e contro chi non ostante questa estinzione sia perpetua.

624. L' estinzione della cosa dovuta quando è totalmente perita estingue il dedebito; se ne rimane alcuna parte, il debito sussiste almeno per ciò che resta. Se io, per esempio, ero creditore di una greggia che mi è stata o venduta o legata, e che non ne sia rimasta che una bestia, essendo le altre perite per una mortalità; oppure se io era creditore di una casa, la quale in seguito fu incendiata, il debito della greggia sussisterà quanto alla bestia che è rimasta, e parimenti quanto all' area ed ai

materiali che sono rimasti sussisterà il debito della casa. (*Cod. civ. art.* 1303.)

625. Perchè l'estinzione della cosa dovuta estingua il debito, è necessario anche che accada senza il fatto o colpa del debitore, e prima che sia stato costituito in mora.

Se la perdita della cosa dovuta è avvenuta per il fatto del debitore, è evidente che l'obbligazione non deve estinguersi, ma si deve convertire nella obbligazione del prezzo della cosa stessa, perchè il debitore non può per un fatto suo proprio liberarsi dalla sua obbligazione, e far perdere al creditore il suo credito. (*Cod. civ. art.* 1302).

Questa decisione vale quand' anche il debitore avesse distrutta la cosa prima che sapesse di esserne debitore. L. 91, §. 2, ff. *de verb. oblig.*

626. Se la perdita della cosa dovuta è avvenuta non precisamente per il fatto del debitore, ma per sua colpa per non aver avuto quella cura che doveva averne, il debito non è estinto, e si converte parimenti nella obbligazione del prezzo della cosa.

A questo proposito si calcola diversamente la colpa del debitore secondo la

differente natura dei contratti da cui nasce l'obbligazione: *sopra n.* 142.

627. Finalmente la perdita della cosa dovuta non estingue l'obbligazione quando è accaduta dopo che il debitore è stato costituito in mora a darla. L. 82, §. 1, ff. *de verb. oblig.*

Secondo il nostro diritto francese un debitore è costituito in mora o col precetto che gli è fatto quando il titolo del credito è esecutorio, o colla intimazione del semplice atto di citazione quando il titolo non è esecutorio.

Perchè la perdita della cosa dovuta avvenuta dopo la mora del debitore non estingua l'obbligazione è necessario 1.° che accada pendente ancora la mora del debitore, perchè qualora sia stata purgata sia con offerte reali che avesse fatte al creditore mediante le quali avesse costituito lui stesso in mora a ricevere, sia per qualche convenzione tra il creditore e il debitore, la perdita della cosa dovuta avvenuta dopo purgata la mora in cui è stato il debitore farebbe cadere l'obbligazione. La mora del debitore essendo stata purgata, e più non

sussistendo non può più avere l' effetto di perpetuare l' obbligazione non ostante l'estinzione della cosa dovuta. L. 91, §. 3, ff. *de verb. oblig.*

628. Perchè la perdita della cosa dovuta sopravvenuta dopo la mora del debitore non estingua il debito, è necessario 2.° che la cosa non fosse ugualmente perita presso il creditore qualora gli fosse stata rimessa all'epoca della dimanda, *Leg.* 47, §. *ult. de leg.* 1; *leg.* 14, §. 1, *ff. depositi*; *leg.* 12, §. 4, *ff. ad exib.*; *leg.* 15, §. *ult.*, *ff. de rei vindicat.* (*Cod. civ. art.* 1302.); perchè la mora del debitore perpetua il debito non ostante la estinzione della cosa dovuta soltanto in forma di danni ed interessi. Se il creditore adunque nulla ha sofferto per la mora del debitore, nulla gli è dovuto. Ora è evidente che nulla viene a soffrire se la cosa fosse egualmente perita nelle sue mani.

Si presumerà facilmente che non sarebbe perita ugualmente presso il creditore qualora fosse questi un negoziante che la comperava per rivenderla.

Se la cosa è perita per l' incendio del luogo in cui era presso il debitore, è chia-

ro che non sarebbe ugualmente perita se fosse stata rimessa al creditore.

Non entreremo qui nella discussione se la cosa sarebbe perita ugualmente presso il creditore riguardo alla restituzione delle cose dovute da quelli che le hanno derubate o rapite: essi indistintamente sono obbligati al prezzo della cosa quando è perita nelle loro mani. *Leg. ult. ff. de condict. furt.*; *leg.* 19, *ff. de vi, et vi arm.*: *quod ita receptum odio furti et violentiae*. Riguardo a queste persone egli è da osservarsi altresì, che si presumono in mora dal giorno del commesso furto o rapina, e che non vi ha bisogno di alcuna dimanda per costituirveli.

629. Quando la cosa dovuta è perita per il fatto o la colpa del debitor principale, o dopo la di lui mora, il credito di questa cosa sussiste non solo contro di esso e i suoi eredi, ma ben'anche contro i suoi fidejussori e generalmente contro tutti quelli che hanno aderito alla sua obbligazione. *leg.* 91, §. 4 e 5, *ff. de verb. oblig.*; *leg.* 58, §. 1, *ff. de fidej.*; *leg.* 24. §. 1, *ff. de usuris*. Paolo ne dà questa ragione: *quia in totam*

totam causam spoponderunt. I fidejussori rendendosi per il debitor principale fidejussori della principale obbligazione di dare una cosa, si presume che siansi resi fidejussori parimenti delle obbligazioni secondarie, che da questa obbligazion principale ne derivano, come è quella di conservare la cosa con tutta la cura conveniente fino alla tradizione, e generalmente di usare tutta la buona fede, e tutta la fedeltà necessaria per l' adempimento della principale obbligazione. Essi adunque non possono essere liberati dalla obbligazion loro per la perdita della cosa quando essa avviene per colpa del debitor principale, o dopo la mora; mentre essendo fidejussori, come abbiamo già detto, della cura che il debitore doveva avere per la conservazione della cosa, e della fedeltà necessaria per l' adempimento della sua obbligazione, sono risponsabili ben' anco della colpa per cui il medesimo ha lasciato perire la cosa, e della mora ingiusta, per cui ha contravvenuto alla fedeltà che doveva praticare nell'adempimento della sua obbligazione.

Questi principj possono sembrare contrarj alla regola di diritto che dice: *Unicuique sua mora nocet*; leg. 173, §. 2, ff. *de reg. juris*, perchè sembra una conseguenza di questa regola, che la mora del debitor principale debba pregiudicare soltanto ad esso, non mai ai suoi fidejussori. Cujaccio, e gli altri interpreti conciliano la predetta regola coi nostri principj facendo questa distinzione. La mora del debitor principale non può pregiudicare per verità ai fidejussori all' effetto di accrescere la loro obbligazione; *non nocet ad augendam obligationem*. Nei debiti, per esempio, di una somma di denaro, la mora del debitore non può pregiudicare ai fidejussori che si sono obbligati per una certa determinata somma all' effetto di assoggettarli agl' interessi dovuti dal debitore dal giorno della mora, perchè la mora del debitore non nuoce ai fidejussori *ad augendam eorum obligationem*: non può ella adunque obbligare i fidejussori agli interessi perchè non si sono obbligati che alla somma principale. Questo è il caso della legge 173. Ma nei debiti di un corpo determinato, la mora del debitore può pregiudicare ai fidejussori, la

di cui fidejussione è senza limiti, all'effetto di perpetuare la loro obbligazione, ed impedire che non siano liberati per la perdita della cosa sopravvenuta dopo la mora: *non nocet ad augendam obligationem, sed nocet ad perpetuandam obligationem.*

630. *Contra vice versa* se la cosa è perita per il fatto o colpa del fidejussore, o dopo essere stato costituito in mora, il solo fidejussore rimane obbligato al prezzo della cosa, e per l'estinzione della medesima il debitor principale viene ad essere liberato. Leg. 32, §. *ult.*, ff. *de usuris.* Leg. 49, ff. *de verb. oblig.* La ragione di questa differenza si è che il fidejussore è bensì obbligato per il debitor principale, ma il debitor principale non lo è per il fidejussore, conseguentemente egli non può essere tenuto per l'obbligazione contratta dal fidejussore, per il suo fatto, la sua colpa o mora.

631. Se la cosa dovuta è perita per il fatto o colpa di uno dei condebitori solidarj, o dopo la sua mora, gli altri condebitori ne saranno tenuti. Leg. 18, ff. *de duobus reis.* Vedi quanto abbiamo già detto di sopra trattando delle obbligazioni solidarie, n. 273.

Se la cosa fosse perita per il fatto o colpa di uno degli eredi del debitore, o dopo la sua mora, gli altri coeredi non ne saranno tenuti. Leg. 48, §. 1, ff. *de leg.* 1; perchè quantunque siano obbligati, come possessori, ipotecariamente per la totalità del debito, ciascuno non è debitore personalmente che per la sua quota: essi non sono debitori solidarj tra di loro, nè sono tenuti l'uno per l'altro.

632. Il principio da noi stabilito che il debitore di un determinato corpo è liberato dalla sua obbligazione quando la cosa dovuta è perita senza il suo fatto, e colpa, e prima che sia stato costituito in mora, soggiace ad una eccezione nel caso che il debitore con una clausola particolare del contratto si fosse addossato il pericolo dei casi fortuiti. Se, per esempio io ho dato da tagliare una pietra ad un lapidario, e questa siasi spezzata senza alcuna colpa per parte dell' artefice, ma per un vizio della materia, quantunque regolarmente questa perdita sopravvenuta senza di lui colpa, e per una specie di caso fortuito debba liberarlo dall' obbligazione che ha

contratta di restituirmi la pietra, nulladimeno se in forza di una clausola particolare del nostro contratto egli si è addossato questo rischio non sarà già liberato, ma sarà anzi tenuto a pagarmi il prezzo della medesima. Questo è il caso della legge 13, §. 5, ff. *locati.* Questa sorta di convenzioni con cui un debitore si assume il peso dei casi fortuiti, nulla contengono di contrario all' equità che deve regnare nei contratti, specialmente quando il debitore che si assume il rischio, riceve dall'altra parte qualche cosa di equivalente al rischio che si è addossato, perchè anche i pericoli sono cose apprezzabili. Per esempio, nel caso avanti proposto il lapidario che si è addossato il rischio della materia si presume esserne compensato dal prezzo della sua mano d' opera maggiore di quello che avrebbe avuto qualora non si fosse addossato questo rischio.

Parimenti nel contratto di commodato, quando il commodatario si assume il rischio de' casi fortuiti riguardo alla cosa che gli è stata imprestata, come nel caso della *legge* 1, *cod. commodati* è risarcito del ri-

schio che si assume col godimento della cosa stessa che il commodante non era obbligato ad imprestargli gratuitamente, ma che poteva bensì affittargli.

Nei contratti di pegno il creditore che si assume il rischio delle cose ricevute in pegno come nel caso della legge 6. *Cod. de pignorat. act.*, è compensato di questo rischio colla sicurezza che viene a procurarsi; sicurezza che il debitore non era obbligato a prestargli, perchè non si era obbligato a dargli de' pegni.

E quand' anche il debitore che si è addossato il rischio de' casi fortuiti nulla ricevesse per questo rischio che si assume, se con quest' atto ha avuto intenzione di usare una liberalità verso l' altra parte, in questo caso la clausola non contiene alcuna ingiustizia. Se poi all' opposto il debitore si è addossato il peso de' casi fortuiti non avendo questa intenzione di usare alcuna liberalità ma quella bensì di ricevere altrettanto di ciò che dava, nel foro della coscienza la clausola è iniqua se non trae dal contratto alcun vantaggio che sia equivalente al rischio che si assume: nel foro esterno però egli si presume compensato.

Un debitore non solo può assumersi il rischio di una specie determinata di casi fortuiti, come nel caso della legge 13, §. 5, ff. *locati*, già riportata, ma può anche addossarsi generalmente tutti i casi fortuiti per cui la cosa potesse perire, come nel caso della legge 6, *Cod. de pignorat. act.* Ma per generale che sia la clausola, dessa non può comprendere che quelli che si sono potuti prevedere dalle parti, e non quelli che non hanno potuto prevedersi, e di cui non eravi luogo a farne conto. Argom. tratto dalla legge 9, §. 1, ff. *de transact.* Gauthier, *Tract. de contract. jur.*, pensa che questa decisione debba aver luogo quando anche la clausola fosse espressa in questi termini: *si assume tutti i casi fortuiti tanto preveduti quanto impreveduti.* Vedi il nostro Trattato del contratto di locazione *part.* 3, *cap.* 1, *art.* 2, §. 1, ove abbiamo parlato estesamente di tutte queste clausole.

ARTICOLO IV.

Se l'obbligazione che è estinta per l'estinzione della cosa dovuta sia estinta in modo che non possa più sussistere per ciò che rimane della cosa stessa, nè per le azioni, e i diritti che ha il debitore rapporto alla medesima.

633. Quando l'estinzione della cosa dovuta non è un estinzione totale, e ne rimane ancora qualche parte, in questo caso non può esservi dubbio che l'obbligazione sussiste per ciò che rimane della cosa dovuta. Per esempio, se voi eravate debitore verso di me di un gregge che è perito a causa di una mortalità, e di cui non si è salvato più che una bestia; oppure se eravate debitore verso di me di una casa che è stata distrutta dal fulmine; non vi è dubbio che voi restate debitore verso di me della bestia che rimane del gregge, oppure dell'area, e de' materiali che rimangono della casa; poichè la bestia che rimane del gregge, quantunque non possa da

se sola comporre un gregge, nulladimeno in un senso molto proprio ella è una parte del gregge; e l'area ed i materiali salvati dalle fiamme sono in un senso molto proprio una parte della casa. In questi due casi si può dire adunque che il gregge che mi era dovuto sussiste ancora non totalmente, ma in parte nella bestia che è rimasta, e parimenti che la casa dovutami sussiste ancora in parte per ciò che è rimasto della casa stessa, e queste parti che sono rimaste possono essere ancora il soggetto dell' obbligazione.

Maggiore difficoltà si riscontra nel caso che l' estinzione della cosa dovuta è un estinzione totale, di modo che quello che rimane non può riguardarsi come una parte della cosa stessa. Ciò avviene quando la cosa dovuta è una cosa indivisibile, come sarebbe un animale. In questo caso si fa la quistione se l'obbligazione sussista per ciò che rimane della cosa dovuta. Per esempio, se voi eravate debitore verso di me di un dato bue, si fa la questione, se questo bue essendo morto senza vostra colpa, io possa con fondamento dimandarne la pelle.

La ragione di dubitare si è che la morte del bue è una estinzione totale della cosa che mi era dovuta; nè si può dire che questo bue che mi era dovuto sussista ancora in alcuna parte dopo la sua morte; la pelle del bue è bensì qualche cosa che rimane del bue stesso, ma non può dirsi che sia propriamente una parte del bue vivo che mi era dovuto. Essendovi una estinzione totale della cosa dovuta; l'obbligazione, dirà taluno, deve essere totalmente estinta: io non posso dimandar nulla e neanche la pelle: perchè non è che il bue che voi vi siete obbligato a darmi. Non si è fatto alcun cenno della pelle che resterà dopo la di lui morte: voi non vi siete obbligato a darmi questa pelle; non è adunque la pelle che mi è dovuta, e per conseguenza io non posso avere alcuna ragione di dimandarvela. Si pretende in fine che la legge 49, ff. *de leg.* 2, decida questa quistione contro il creditore: *Mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur.* Non estante queste ragioni io sono di sentimento che anche in questo caso il creditore abbia tutta la ragione di addimandare

ciò che rimane della cosa dovuta; 1.° l'equità reclama per questa decisione. In fatti quando un bue che io ho da voi comperato, e pagato è morto senza vostra colpa prima della *tradizione* che dovevate farmene, non sarebbe ella una manifesta ingiustizia che voi veniste ad approfittare della mia disgrazia che sento per la perdita del bue, ritenendo a vostro vantaggio e con mio pregiudizio la pelle del bue di cui mi eravate debitore? 2.° I principj di diritto avvalorano anch'essi la nostra decisione: non si è mai rivocato in dubbio che in qualunque maniera venga a perire una cosa che mi appartiene, non sia ugualmente di mia spettanza tutto ciò che rimane della cosa stessa. *Meum est quod ex re mea superest.* L. 49, §. 1, ff. *de rei vindic.* Ora se il *jus in re*, se il diritto che si ha su di una cosa, qual è il *dominium*, o il diritto di proprietà continua a sussistere dopo l'estinzion della cosa in ciò che rimane, perchè non dovrà continuare ugualmente a sussistere il *jus ad rem*, il diritto che si ha rapporto a una cosa, il diritto di credito di una cosa dopo l'estinzione della

medesima per ciò che rimane? Per l'istessa ragione che *meum est quod ex re mea superest*, per l'istessa ragione, *mihi debetur quod ex re mihi debita superest.* Questo è quanto decide eccellentemente *Brunus* nel suo trattato *de Interitu.* Dopo avere stabilito che *forma dat esse rei*, e che *destructa forma substantiali res interiisse videtur*, dice egli che *perempta forma*, *si quid ex re superest*, *potest durare circa illud quod re manet*, *jus*, *actio*, *et obligatio.*

In quanto poi alle ragioni di dubitare proposte di sopra, ella è facilissima la risposta. Dicesi che l'estinzione totale della cosa dovuta deve estinguere il debito totalmente, e che in conseguenza non può più esservi alcun diritto nel creditore per dimandare ciò che rimane. Io rispondo: Quando l'estinzione della cosa dovuta è totale così perfettamente che nulla ne rimane, convengo ben volentieri che l'obbligazione in questo caso è totalmente estinta; ma quando la cosa dovuta non è estinta talmente che non ne rimanga alcuna cosa; quantunque ciò che rimane non sia propriamente una parte della cosa, io nego

che simile estinzione sia pienamente, e perfettamente totale, cosicchè debba estinguere totalmente la obbligazione; io sostengo anzi ch' essa deve sussistere per ciò che rimane della cosa stessa. Egli è un raziocinio vizioso, ed una petizion di principio il voler asserire l' opposto come un principio, mentre è precisamente quello di cui si fa quistione. Finalmente si dice che il debitore si è obbligato a dare il bue che era vivo all' epoca del contratto, e non già la pelle che rimarrebbe dopo la sua morte. Io rispondo che è vero ch' egli non si è obbligato *formaliter* a dare questa pelle, ma vi si è obbligato *implicite*, *et eminenter*, imperciocchè l' obbligazione di dare una cosa contiene *eminenter* tutto ciò che la cosa stessa rinchiude e contiene; per conseguenza tutto ciò che rimarrà dopo l' estinzion della cosa. Riguardo poi alla legge 49, ff. *de leg.* 2, la quale dice che allorquando è morto il bue legato il legatario non può pretendere nè la carne, nè la pelle, la risposta si è, che nel caso di questa legge si deve necessariamente supporre il bue morto prima della scadenza

del legato, vale a dire vivente ancora il testatore se era puro e semplice, o prima dell' adempimento della condizione se era condizionale; perchè se il bue non fosse morto che dopo la scadenza del legato, per questa scadenza la proprietà essendone stata trasmessa al legatario, non vi potrebbe esser dubbio che non sia di sua spettanza tutto ciò che ne rimane secondo questa regola di diritto: *Meum est quod ex re mea superest ; ideoque vindicari potest.* Leg. 49, §. 1, ff. *de rei vindic.* Ora supponendo, come si deve necessariamente supporre, morto il bue prima della scadenza del legato, nulla si può conchiudere da questa legge contro la nostra decisione, perchè se in questa legge è deciso che il legatario non può pretendere ciò che rimane del bue, non è già perchè la morte del medesimo abbia estinto totalmente il debito, mentre il bue essendo morto prima del giorno della scadenza del legato, il debito non si era ancor potuto contrarre, ma è perchè il legato non ha giammai potuto verificarsi, non avendo potuto la morte del testatore confermare il legato di ciò che più non esisteva.

L'obbligazione sussiste eziandio dopo l'estinzione della cosa dovuta per ciò che vi era accessorio. Per esempio, se voi siete debitore verso di me di un cavallo bardato che è morto posteriormente al contratto, senza colpa dal canto vostro, io posso con ragione pretendere l'arredo che è rimasto presso di voi. Ne è contraria a questa decisione la legge 2, ff. *de pecul. leg.* Ivi si dice: *Quae accessionum locum obtinent extinguuntur quum principales se peremptae fuerint.* Si risponde che questa regola ha luogo quando non si è ancora contratta alcuna obbligazione. Questa legge è nel caso di uno schiavo, che essendo stato legato col suo peculio era morto prima della scadenza del legato. Il peculio non essendo legato *per se*, ma come accessorio del legato dello schiavo, non avendo il legato dello schiavo alcun effetto, tutto veniva a cadere. In questo caso non vi era ancora alcuna obbligazione perfettamente contratta; ma quando è stata contratta una volta l'obbligazione di una cosa co' suoi accessorj, avendo il creditore acquistato un diritto, *jus ad rem*, tanto rapporto agli accessorj,

come alla cosa principale, lo debbe conservare anche dopo l'estinzione della cosa principale.

634. Quando senza colpa del debitore la cosa da esso dovuta è perita, messa fuori di commercio, o perduta in modo che non si sappia più ciò che ne è divenuto, se il debitore ha qualche ragione od azione rapporto alla cosa stessa, sussiste la sua obbligazione all'effetto che sia tenuto di surrogare il creditore nelle dette ragioni ed azioni (*Cod. civ. art.* 1303.). Per esempio, se voi siete mio debitore di un cavallo che senza vostra colpa è stato ucciso da un terzo o rubato per violenza senza che si sappia più ciò che ne è divenuto, voi sarete per verità liberato verso di me, ma sarete però obbligato a surrogarmi nelle azioni che avete contro quelli che l'hanno ucciso o rubato. Parimenti se voi siete debitore verso di me di un fondo che è stato in seguito occupato per fare una pubblica piazza, voi sarete libero dalla vostra obbligazione, ma dovete però surrogarmi nella indennizzazione che avete diritto di pretendere: le spese poi ne-

necessarie per ottenerla, saranno tutte a mio carico.

CAPO VII.

Di varj altri modi con cui si estinguono le obbligazioni.

ARTICOLO PRIMO.

Del Tempo.

635. Il tempo regolarmente non estingue le obbligazioni; quelli che si obbligano, si obbligano perpetuamente essi e i loro eredi fino al perfetto adempimento della loro obbligazione.

Nulladimeno si può validamente convenire che non si sarà obbligato se non fino a un determinato tempo. Per esempio, io posso far sigurtà per alcuno a condizione che dopo tre anni io non sarò più obbligato come sigurtà.

Secondo il diritto romano la convenzione con cui il debitore avesse convenuto di non essere obbligato se non fino a un determinato tempo o fino all' avvenimento di una

data condizione, quantunque valida, non procurava ciò non ostante, decorso questo tempo, oppure verificatasi la esistenza della condizione, la estinzione del debito di pieno diritto: essa dava soltanto al debitore una eccezione o motivo d'inammissibilità contro la dimanda del creditore, *exceptionem pacti*; *leg.* 44, §. 1 e 2, *ff. de oblig. et act.*; *leg.* 56, *ff. de verb. oblig.*, §. 4. La ragione che ne danno i giureconsulti si è che le obbligazioni una volta contratte non possono estinguersi che coi modi naturali o legittimi, e che il lasso del tempo o l'esistenza di una condizione non sono un modo di estinguere le obbligazioni.

Il nostro diritto non ammette queste sottigliezze, e noi riputiamo estinto il debito di pieno diritto colla scadenza del termine durante il quale soltanto il debitore ha voluto obbligarsi.

Se poi quello che non si è obbligato se non fino a un determinato tempo fosse stato costituito in mora di pagare con una dimanda giudiziale prima della scadenza del tempo, sarebbe obbligato perpetuamente, nè potrebbe più liberarsi che col pagamento,

perchè la mora ingiusta in cui è stato costituito non deve essergli giovevole, e pregiudicare il creditore. Leg. 59, § 5, *ff. Mandati.* Ciò è conforme a questa regola di diritto: *Omnes actiones quae morte, aut tempore pereunt, semel inclusae judicio, salvae permanent*; leg. 139 *ff. de reg. juris.*

Notisi che negli atti portanti che una delle parti contraenti si è obbligata per un dato tempo, bisogna far bene attenzione a ciò che hanno inteso le parti stesse. Per esempio, se Pietro ha ricevuto da voi una somma di cento lire in imprestito, che si è obbligato di restituirvi a vostra richiesta, e si è detto che io ho fatto sigurtà per lui di questa somma verso di voi durante soltanto il tempo di tre anni, è chiaro che il senso di questa clausola si è, che se durante il detto tempo io non sarò stato costituito in mora di pagar questo debito, decorsi i tre anni io sarò liberato di pieno diritto dalla mia obbligazione, non potendo la clausola in questo caso avere un altro senso. Ma se in un contratto di locazione di fondi rustici si è detto che io ho fatto sigurtà per l'affittajuolo *soltanto per il tempo di sei anni*,

ciò non vuol dire che decorsi i sei anni io sarò libero ed assolto dal mio peso di sigurtà benchè non fossero state soddisfatte le obbligazioni del contratto; ma questi termini dovranno prendersi in questo senso, che solamente per precauzione, o quantunque non fosse necessario di spiegarsi, io ho voluto dichiarare con ciò che intendevo di far sigurtà soltanto per le obbligazioni di questo contratto duraturo per sei anni, e non degli altri che dopo la scadenza di questo voi potreste rinnovare al conduttore stesso sia espressamente, sia con un tacito affitto.

ARTICOLO II.

Delle condizioni risolutive.

636. Nell'istessa maniera che si può contrarre una obbligazione col patto che non durerà se non fino a un determinato tempo, si può egualmente contrarre una obbligazione col patto che non durerà se non fino all'avvenimento di una data condizione; come allorquando facendo io sigurtà per Pietro ho stipulato che mi obbligavo

per esso fino al ritorno di un dato bastimento su cui esso ha un interesse molto grande; la mia obbligazione in questo caso non dura che fino al ritorno del bastimento stesso: questo avvenimento la estingue.

Una tal sorta di condizione chiamasi risolutiva. Vedi ciò che abbiamo detto di sopra, part. 2, cap. 3, art. 2.

Nei contratti sinallagmatici che contengono delle obbligazioni reciproche tra ciascuno de' contraenti, si appone sovente per condizione resolutiva dell'obbligazione che contrae l'uno di essi l'inesecuzione di alcuno degli obblighi per parte dell'altro.

Se io vi vendo, per esempio, il mio vino col patto che non venendo a levarlo e non pagandolo fra otto giorni io sarò liberato della mia obbligazione, questa sarebbe una condizione resolutiva.

Secondo la semplicità de' principj quando è decorso il semplice lasso del tempo designato nel contratto, entro il quale voi dovete adempire la condizione, senza che l'abbiate adempita, in tutti questi casi ed altri simili la mia obbligazione dovrebbe essere risolta. Ciò non di meno secondo la

nostra pratica francese si usa di fare una citazione al creditore per atto di usciere perchè debba adempire la condizione con citazione a comparire avanti il giudice onde veder pronunciarsi la nullità dell'obbligazione per mancanza dal canto suo nell' adempimento.

E quand'anche la inesecuzione della vostra obbligazione non si fosse espressa nel contratto come condizione risolutiva di quella da me contratta verso di voi, ciò non ostante questa inesecuzione può produrre soventi la rescission del contratto, e conseguentemente l'estinzione della mia obbligazione. Ma è necessario che io faccia pronunciare la nullità dal giudice dietro citazione che io debbo farvi per quest'effetto. Suppongasi, per esempio, che io vi abbia venduto puramente e semplicemente la mia biblioteca: se voi tardate a pagarmene il prezzo, l'inesecuzione dell'obbligazione da voi contratta di pagarmi il prezzo convenuto darà luogo all'estinzione di quella da me contratta di consegnarvi la mia biblioteca. Questa estinzione della mia obbligazione non si fa però di pieno diritto, ma solamente

in forza della sentenza che interviene dietro la citazione da me fattavi per veder pronunciarsi, che mancando voi di trasportare la mia biblioteca, e pagarmene il prezzo, sarà nullo il contratto. In questo caso si lascia al discreto arbitrio del giudice di accordarvi quella dilazione ch'esso crederà a proposito per adempire la vostra obbligazione, dopo il qual tempo io potrò ottenere una sentenza che pronunci la rescission del contratto, e mi liberi dalla mia obbligazione. (*Cod. civ. art.* 1184.)

ARTICOLO III.

Della morte del creditore e del debitore.

§. I.

Regole generali.

637. I crediti regolarmente non si estinguono colla morte del creditore, perchè ciò che si stipula, si presume che si stipuli tanto per se, che per i suoi eredi, ed altri successori a titolo universale.

Perciò succedendo la morte del creditore; il credito passa nella persona de' suoi eredi che succedono in tutti i suoi diritti, e qualora non vi fossero eredi, si presume che risieda nell' eredità vacante, che a questo riguardo *personae vicem sustinet defuncti*.

Parimenti colla morte del debitore non si estingue l'obbligazione, perchè si reputa che noi ci obblighiamo tanto per noi, che per i nostri eredi e gli altri successori a titolo universale. Perciò se muore il debitore, l'obbligazione passa nei suoi eredi che succedono in tutti i suoi diritti sì attivi, che passivi; e qualora non lasci alcun erede, risiede nell'eredità vacante che lo rappresenta.

Il principio che le obbligazioni passano agli eredi del debitore, e il diritto che dalle medesime ne risulta agli eredi del creditore, ha luogo non solo riguardo alle obbligazioni che consistono nel dare una qualche cosa, ma riguardo anche a quelle che consistono nel fare, secondo la costituzione di Giustiniano che abbiamo nella legge 13, cod. *de cond. et comm. stipul.*

§. II.

Dei crediti che si estinguono colla morte del creditore.

638. Vi sono nulladimeno alcuni crediti che si estinguono colla morte del creditore, quali sarebbero quelli che hanno per oggetto una qualche cosa che è personale al creditore; come se alcuno si fosse obbligato di concedermi l'uso di un dato libro ogni qual volta gliene farò la richiesta, oppure di accompagnarmi nei miei viaggi: queste cose che formano l'oggetto del mio credito, essendomi personali, il mio credito si deve estinguere colla mia morte.

Ma se mancando il debitore di adempire le sue obbligazioni, io lo avessi fatto condannare ai danni ed interessi, questo credito di danni e interessi, in cui si fosse convertito il mio credito originario, passerebbe ai miei credi.

Il credito per riparazione d'ingiurie si estingue anch'esso colla morte del creditore, se durante la sua vita non ha promossa

alcuna querela od istanza giudiziale: in questo caso si presume che abbia rimessa e perdonata l'ingiuria; leg. 13, ff. *de injur.*

Le rendite vitalizie sono altrettanti debiti che si estinguono anch' essi nel tratto successivo colla morte del creditore, quando siano state costituite sopra di esso; il debito però degli arretrati decorsi fino al giorno della sua morte passa nei suoi eredi.

§. III.

Dei crediti che si estinguono colla morte del debitore.

639. Vi sono altresì alcuni debiti che si estinguono colla morte del debitore. Tali sono quelli che hanno per oggetto un qualche fatto personale del debitore istesso, come se alcuno si fosse obbligato di servire un altro in qualità di pastore, di bifolco, o in qualunque altra.

Se il debitore per mancanza nell' adempimento di queste obbligazioni è stato condannato ai danni ed interessi, una tale obbligazione, che succede alla sua obbligazion principale ed originaria, passa nei suoi eredi.

Eccettuato il caso dei fatti personali, quello che ha promesso di fare una qualche cosa, ed è morto prima di averla fatta, quantunque non sia stato costituito in mora, trasmette la sua obbligazione ai suoi eredi che sono obbligati di fare ciò a cui si era obbligato il defunto.

Secondo il diritto romano le obbligazioni che nascevano dai debiti, si estinguevano per la maggior parte colla morte del debitore, allorchè la domanda non era stata promossa in giudizio contro di lui mentre ancora ei viveva, nè passavano punto a' suoi eredi, tranne però quella somma di cui eglino avessero approfittato nell' eredità del defunto.

Non vi era che la sola azione, chiamata *condictio furtiva*, tendente a ripetere le cose rubate, la quale si accordasse contro l'erede del ladro, quand' anche lo stesso erede non ne avesse in verun modo approfittato; l. 9, ff. *de cond. furt.*

I principj del diritto canonico sono diversi. Non vi è che la pena dovuta al delitto, la quale si estingua colla morte di quegli che l' ha commesso; ma l'obbliga-

zione di riparare il danno che taluno ha cagionato col suo delitto, passa a' suoi eredi. Tale è la decisione del *cap. fin. de sepult.*, e del *cap* 5, *X de rapt.* Noi sopra di questo punto abbiam preferito, come più equi, i principj del diritto canonico a quelli del diritto romano; e nella pratica forense, quantunque gli eredi di colui che ha commesso qualche delitto non ne abbiano approfittato, sono nulla di meno tenuti ai danni ed interessi di quegli in cui pregiudizio è stato commesso, quand' anche ei non avesse intentata la di lui azione contro il defunto. Ciò viene confermato dallo stesso S. Fab. sopra le *Instit. tit. de act.*, §. *poenales*; e da Argentré, sull' art. 189 dello statuto di Brettagna.

CAPO VIII.

Delle eccezioni e prescrizioni contro i crediti.

ARTICOLO PRIMO.

Principj generali sulle eccezioni e prescrizioni.

640. Le eccezioni contro i crediti sono certe cause e motivi che impediscono il creditore d' essere ammesso a produrre i suoi titoli, e d' essere quindi ascoltato in giudizio affine di esigere il di lui credito.

La prima specie di eccezione o motivo d' inammissibilità è l' autorità della cosa giudicata. Allorchè un debitore è stato assolto dalla domanda del creditore, da siffatta sentenza emerge un' eccezione contro del creditore, tale che lo rende inammissibile a domandare ulteriormente il suo credito, a meno che ei non la faccia riformare per mezzo dell' opposizione o dell' appellazione, quando la stessa sentenza non

è passata in forza di cosa giudicata, o quando pur vi è passata, per mezzo dell'istanza civile in que' casi ne' quali vi può esser luogo ad un tal mezzo. Sopra i casi nei quali si reputa che una sentenza sia già passata in giudicato, e sopra quelli dell' istanza civile contro le sentenze parimenti passate in giudicato vedi *l'ordinanza del* 1667, *t.* 27, *art.* 5 *e tit.* 35. Questa eccezione o motivo d'inammissibilità è quella che chiamasi in diritto *exceptio rei judicatae*, sopra la quale vedi il Digesto, *tit. de except rei jud.*

La seconda eccezione è quella che emerge dal giuramento decisorio del debitore che ha giurato non dover nulla, quando però tal giuramento siagli stato deferito dal creditore. Da siffatto giuramento risulta una eccezione che chiamasi *exceptio juris jurandi*, la quale rende il creditore inammissibile a domandare ulteriormente il suo credito, qualunque sia la prova che possa essergli sopravvenuta dappoi. Noi tratteremo di tal giuramento *infra*, *part.* 4, *cap.* 3, *sez.* 3, *art.* 1.

641. La terza eccezione è quella che ri-

sulta dal decorso del tempo a cui la legge limitò la durata dell' azione che nasce dal credito. Questa specie di eccezione chiamasi propriamente *prescrizione*, tuttochè il termine *prescrizione* sia un termine generale, che può convenire del pari a tutte le altre eccezioni.

(La prescrizione è un mezzo d' acquistare un diritto o per essere liberato da un' obbligazione mediante il decorso di un determinato tempo e sotto le condizioni dalla legge prescritte. *Cod. civ. art.* 2219.)

Di questa specie appunto di eccezione noi tratteremo nel progresso di questo capo.

642. Le eccezioni non estinguono il credito, ma lo rendono inefficace col rendere il creditore inammissibile ad intentare l'azione che ne deriva.

Oltredicchè, sebbene le eccezioni non estinguano il credito *in rei veritate*, nulla di meno lo fanno presumere estinto e soddisfatto finchè l' eccezione sussiste.

Per la qual cosa, quando il debitore ha un' eccezione acquisita contro il mio credito, non solamente io non posso intentare

l'azione contro di lui, ma non posso neppure opporgli questo credito in compensazione contro que'crediti che dal suo lato egli avesse acquistati contro di me posteriormente all'eccezione acquisita contro del mio; avvegnachè l' eccezione che sussiste contro il mio credito operi una presunzione che questo sia estinto.

Ma se il mio debitore di una somma di denaro prima che fosse spirato il tempo della prescrizione contro il mio credito, e per conseguenza avanti che l' eccezione fosse acquisita, fosse divenuto mio creditore di una egual somma di denaro, e che in seguito, spirato già il tempo della prescrizione contro il mio credito, ei mi chiedesse il pagamento del suo; tuttochè io non fossi più ammissibile ad intentare l'azione contro di lui per essere soddisfatto del mio, sarei tuttavia ammissibile ad opporglielo in compensazione contro del suo. Questo è il caso di applicare quella massima dei dottori: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* La ragione si è, che la compensazione facendosi *ipso jure*, *supra n.* 599, dal momento

mento che voi siete divenuto mio creditore, il vostro credito e il mio, che non era peranco prescritto, si sono reciprocamente compensati ed estinti.

Dal principio che l'eccezione finchè sussiste fa presumere estinto il credito, ne segue del pari che vana sarebbe la sicurtà che taluno volesse fare per un debito contro del quale vi fosse un' eccezione tuttor sussistente. Aggiungasi che le stesse eccezioni *in rem* che si possono opporre contro l' obbligazione principale dal debitore, lo possono essere eziandio dallo stesso fidejussore.

Le eccezioni debbono essere opposte dal debitore; il giudice non vi può supplire. (*Cod. civ. art.* 2223.)

Non si può rinunciare preventivamente al diritto di prescrizione: si può però rinunciare alla prescrizione già acquistata. (*Cod. civ. art.* 2220).

Quindi le prescrizioni acquistate possono sanarsi colla rinuncia che fa il debitore alle eccezioni sia espressamente sia tacitamente. (*Cod. civ. art.* 2221.)

Queste eccezioni così sanate, non han-

no più forza di arrestare l'esecuzione, nè la domanda del credito. Una eccezione non può in miglior modo sanarsi che col pagamento che fa il debitore. Siccome l'eccezione non aveva estinto il debito, così non vi ha dubbio che il pagamento sia valido. Nondimeno se il debitore che ha pagato il debito fosse minore; si potrebbe far restituire in intiero contro il già fatto pagamento, come contro tutte le altre specie di rinuncie che egli avesse potuto fare alle eccezioni acquistate.

(Quegli che non può alienare, non può rinunciare alla prescrizione acquistata. *Cod. civ. art.* 2222.)

Articolo II.

Della prescrizione trentennaria.

643. Regolarmente le azioni che nascono dai crediti debbono essere intentate nel decorso di trent'anni. Allorchè il creditore ha lasciato scorrere questo periodo di tempo senza intentar la sua azione, il debitore acquista contro di lui una prescrizione che

rende il creditore inammissibile a domandare il suo credito. (*Cod. civ. art.* 2262.)

§. I.

Su quali ragioni essa si fondi.

644. Questa prescrizione è fondata, 1.° sopra una presunzione di pagamento o di remissione del debito, che risulta da questo lasso di tempo. Siccome non suole ordinariamente avvenire che un creditore ritardi sì lungo tempo a farsi pagare di ciò che gli si deve, e che le presunzioni si traggano *ex eo quod plerumque fit*; Cujac. *in parat. ad tit. de probat.*; così le leggi ne hanno tratta una presunzione che il debito fosse stato soddisfatto o rimesso.

D' altronde la premura che deve avere un debitore di conservare le quitanze che costituiscono la prova del pagamento da lui effettuato, non deve essere eterna; e devesi fissare un tempo, al cui termine egli non sia più obbligato a presentarle.

2.° Questa eccezione è altresì stabilita come una pena della negligenza del credi-

tore. Avendogli la legge accordato un periodo di tempo durante il quale possa intentare l'azione che gli dà per esser pagato, egli non merita più d'essere sentito allorchè lascia passar questo tempo.

(La prescrizione di trent' anni produce l'effetto di porre al coperto da tutte le azioni sì reali che personali; colui che la allega non deve provare che il solo possesso; non essendo tenuto a produrre il titolo, non se gli potrebbe opporre l'eccezione tratta dell' aver egli posseduto di mala fede. *Cod. civ. art.* 2262.)

Della prescrizione di 10 *o di* 20 *anni* (1).

Oltre la prescrizione di trent'anni che dispensa dal produrre il titolo del possesso sul quale essa è fondata, avvene un' altra che non si può acquistar altrimenti che per mezzo di un possesso fondato sopra di un titolo, ed accompagnato da buona fe-

---

[1] Pothier non ha parlato di questa prescrizione, sanzionata dal Codice civile.

de; ed è quella di dieci anni tra presenti, e di venti tra assenti. (*Cod. civ. art.* 2265.)

Secondo il diritto romano erasi riputato assente quando non si risiedeva nella stessa provincia. Giusta l'antica nostra giurisprudenza si riputavano assenti coloro i quali non avevano il lor domicilio nello stesso balliaggio o siniscalchia. Giusta il Codice civile per essere riputato assente, quanto alla prescrizione, fa d'uopo che il vero proprietario non risieda nel circondario giurisdizionale della corte d'appello entro del quale i beni sono situati (*Codice civile art.* 2265.)

Se il vero proprietario ha tenuto in diversi tempi il suo domicilio nel circondario giurisdizionale e fuori di esso, è necessario, per empiere il corso della prescrizione, aggiungere a quanto manca ai dieci anni di presenza, un numero d'anni d'assenza che sia il doppio di quello che manca per compiere i dieci anni di presenza. (*Cod. civ. art.* 2266.)

La differenza che passa tra la prescrizione trentennaria e quella di dieci o di venti anni si è, che la prima non esige che il

possesso continuo e pacifico, laddove nell' altra questo possesso dev' essere appoggiato ad un titolo legale.

§. II.

Da quando e contro di chi corra la prescrizione.

645. Da quanto finora si è detto risulta che il tempo della prescrizione non può incominciar a decorrere che dal giorno in cui il creditore ha potuto intentare la sua domanda; giacchè non si può dire ch'egli abbia tardato ad intentarla, fintantochè nol poteva. Donde deriva quella massima generale: *contra non valentem agere, nulla currit praescriptio.*

Laonde ne segue che il tempo della prescrizione non può correre finchè l' azione non è ancora aperta, e finchè il credito è ancora sospeso da una condizione di cui attendesi l' adempimento.

Comecchè il diritto del creditore sia già formato e nata l' azione, tuttavia se avvi un termine fisso al pagamento, il tempo della

prescrizione non potrà incominciar a decorrere che dal giorno della scadenza di questo termine; perciocchè il creditore non poteva prima di esso promuovere efficacemente la sua domanda.

Allorchè un debito è pagabile in più rate, io non trovo alcun inconveniente nel dire che il tempo della prescrizione comincia a decorrere dal giorno della scadenza del primo termine o rata, per quella parte del debito che doveva pagarsi a tal termine, e ch'esso non decorre per le altre parti se non che dal giorno della scadenza di cadauno degli altri termini o rate, alle quali esse sono pagabili. Per esempio, se voi mi doveste una somma di tre mila lire, pagabile annualmente in tre rate, il primo pagamento delle quali dovesse esser fatto nel primo di gennajo 1810; il tempo della prescrizione incomincierebbe a decorrere per la prima rata, dal predetto primo gennajo 1810; per la seconda, dal primo gennajo 1811; per la terza, dal primo gennajo 1812; ed il debito sarà prescritto per un terzo nel 1810, per un altro terzo nel 1811, e pel rimanente nel 1812.

646. Dal nostro principio, che il tempo della prescrizione non può correre finchè il creditore non abbia potuto intentare la sua domanda, ne segue ancora che il tempo della prescrizione non può correre istessamente, finchè dura il matrimonio, contro que' crediti che una moglie, tuttochè separata di beni, ha verso il di lei marito; conciossiachè essendo sotto la di lui potestà, ella venga, durante questo tempo, impedita dall' agire contro di esso. (*Cod. civ. art.* 2253.)

Dicasi lo stesso dei crediti ed azioni che ella potesse avere contro dei terzi, qualora questi terzi avessero un regresso contro il marito per esserne soddisfatti; imperocchè in questo caso si reputa che la moglie sia stata impedita di agire dallo stesso di lei marito che aveva interesse ad impedirla, a motivo del regresso che il debitore aveva contro di lui. Fuori di questo caso, il tempo della prescrizione decorre durante il matrimonio, contro i crediti che avesse la moglie contro dei terzi. (*Cod. civ. art.* 2254, *e seg.*)

Il tempo della prescrizione non può cor-

rere contro l'erede beneficiato per que'crediti ch'egli avesse contro l'eredità beneficiata, giacchè non può agire contro se stesso. (*Cod. civ. art.* 2258.)

647. La prescrizione non corre contro i minori, quantunque abbiano un tutore. Non è già ciò per la regola *contra non valentem agere non currit praescriptio*, poichè hanno un tutore che può intentare le loro azioni per essi: un favore particolare che merita l'età minorile fece eccettuare i minori dalla legge della prescrizione. Gli statuti di Parigi e d'Orleans contengono delle disposizioni in proposito, ed esentuano i minori dalla legge della prescrizione, dicendo ch'essa corre *tra maggiori.* (Il Codice civile, adottando cotesta massima, ne eccettua però le prescrizioni menzionate nella sezione del titolo della prescrizione, e gli altri casi contemplati dalla legge 2, art. 2252, 2278.)

Allorchè il creditore lascia degli eredi, de' quali alcuni maggiori e gli altri minori, se il credito ha per oggetto qualche cosa di divisibile *natura aut saltem intellectu*, come il credito di un certo fondo; il

tempo della prescrizione, che non decorrerà contro i minori per la loro parte nel credito, non tralascierà però di decorrere contro i maggiori per la rispettiva lor quota.

Ma se il credito è indivisibile, come s'io avessi promesso a taluno di costituire a vantaggio della sua casa un diritto di servitù, finchè saravvi uno de' suoi eredi in età minorile, il tempo della prescrizione non correrà punto neppure contro i maggiori; poichè il credito essendo indivisibile, e non suscettibile in conseguenza di parti; non si può prescrivere in parti; ed è questo il caso di dire che il minore entra in luogo del maggiore *in individuis*. (*Cod. civ. art.* 2249.)

648. Altra quistione. Il tempo della prescrizione corre egli contro gl' insensati? O queste persone sono provviste di curatori, o non lo sono. Allorchè non lo sono, trovansi nel caso della regola *contra non valentem* ec., nè v'ha dubbio in questo caso che la prescrizione non possa correre contro di esse. La questione cade dunque su quegl' insensati che sono provvisti di curatori. Ciò che si può dire in loro favore on-

de esentuarli dalla legge della prescrizione, si è che la legge ne ha esentuati i minori tuttochè provveduti di tutori: ora le predette persone vengono ordinariamente comparate ai minori. Anzi sono esse più incapaci di loro a vegliare sulla conservazione dei loro beni: il loro stato è degno di compassione, e della protezione delle leggi. Perlocchè sembra che l' eccezione dalla legge delle prescrizioni, che è stata accordata ai minori, debba essere estesa anche a tali persone. Catelan, tom. 11., l. VII., 13, riporta una sentenza del suo parlamento, che ha così giudicato.

Le ragioni che si possono addurre per l'opinione contraria sono, che le leggi, eccettuando i minori dalle disposizioni concernenti la prescrizione, hanno loro accordato con ciò un privilegio. Ora egli è della natura de' privilegj accordati ad un certo genere di persone, il non dover estenderli ad altre nemmanco sotto pretesto di parità di ragione, anzi si potrebbe dire non esservi perfetta parità di ragione. La legge ha potuto determinarsi più facilmente ad eccettuare, dal suo disposto sopra la prescrizione,

il tempo della minorità, poichè questo tempo ha de' limiti certi; laddovechè la demenza d'una persona durando ordinariamente per tutto il corso della sua vita, che può giugnere sino agli ottanta o cento anni, la prescrizione, sì necessaria per la tranquillità dei cittadini, sarebbe di sovente arrestata per un tempo troppo considerabile, se gl'insensati venissero eccettuati dalla legge della prescrizione. Aggiungasi che i minori formando la speranza dello stato, vi è un motivo di più per soccorrerli; motivo che non milita a riguardo delle altre persone. Si può appoggiare una siffatta opinione all'autorità della glossa sul *cap.* 13 *extra de praescript.*, che riferendo nominativamente tutti coloro contro i quali la prescrizione non corre, non vi comprende gl'insensati. Bretonnier sopra Henrys, tom. 2, IV., 21, sembra inclinare a questo parere (Il Codice civile assimila in questo punto gl'interdetti ai minori. Art. 2252.).

649. Allorchè una persona è assente in un paese assai rimoto, *puta* nelle grandi Indie; sebbene la persona che era munita di sua procura nella di lei patria sia morta

nè siavi alcuno che più vegli a' suoi affari, il tempo della prescrizione non lascia però di correre contro di lei: giacchè ella non trovasi nel caso della regola, *contra non valentem etc.*, conciossiachè per lontana ch' e sia, non le è impossibile d'informarsi delle cose del suo paese, e d'inviare procura ad un' altra persona in luogo di quella che è morta. *Vedi* Catelan, *loco citato.*

Possono ciò non di meno darsi delle circostanze nelle quali un assente si trovi in una vera ed assoluta impotenza; e quando ciò sia evidentemente provato, si può venire in di lui soccorso applicandogli la regola *contra non valentem etc.*

650. Il tempo della prescrizione corre contro un eredità, sebbene vacante, abbandonata e mancante di curatore. Imperciocchè i creditori di simile eredità, che sono quelli che hanno interesse a conservare i diritti della medesima, erano dessi a portata di far nominare un curatore alla stessa. Il perchè eglino non si possono valere della predetta regola *contra non valentem ec.* (*Cod. civ. art.* 2258.)

Henrys ha opinato che la prescrizione

non dovesse correre a pregiudizio de' diritti e ragioni di una eredità finchè l'erede ha fatto uso del termine che l'ordinanza gli accorda per determinarsi ad accettarla od a ripudiarla. Una siffatta opinione non ebbe seguaci. L'erede, durante quel tempo, aveva il potere, senza essere obbligato perciò di dichiararsi tale, di esercitare tutti gli atti conservatorj e d'interrompere le prescrizioni. Egli non è dunque nel caso della regola *contra non valentem ec.* (*Cod. civ. art.* 2259.)

651. La prescrizione ha luogo anche contro i regj appaltatori, riguardo ai crediti dipendenti da' diritti, che sono ad essi appaltati. *Nec obstat* il non esservi prescrizione contro il sovrano: poichè questa massima non concerne che il fondo demaniale del re, che è imprescrittibile; ma i crediti de' regj appaltatori, che riguardano i diritti che furono loro appaltati, non costituiscono il fondo demaniale del re; essi non ne sono che i frutti, ed i frutti sono la proprietà degli appaltatori.

Il re veramente non è per se stesso soggetto ad alcuna legge umana, nè per con-

seguenza a quella della prescrizione; ma i suo appaltatori soggiacciono alle sue leggi, e per conseguenza a quella della prescrizione, come a tutte le altre; ond'è ch'essi debbono intentare le loro domande nel tempo prescritto dalle leggi. (Giusta il Codice civile, la nazione, gli stabilimenti pubblici e le comuni soggiacciono alle medesime prescrizioni cui sono soggetti i particolari, e possono opporle del pari. *Art.* 2227); ma questo non riguarda che i dominj ed i diritti che possiede lo stato al pari degli altri cittadini, e non già quelli dipendenti dalla sovranità, che sono imprescrittibili.)

652. La prescrizione di trent'anni non ha luogo contro la chiesa; ma soltanto quella di quarant'anni di cui parleremo più abbasso.

Si osservi che è piuttosto la chiesa che la persona del beneficiato, quella che fu eccettuata dalla prescrizione di trent'anni. Per lo che tale prescrizione non è rigettata che quando trattasi precisamente del capitale del credito; ma le annualità delle rendite dovute alla chiesa, i fitti, le pigioni,

i lucri, tanto feudali che censuali, ed altri simili crediti, che riguardano piuttosto l'utilità personale del benefiziato, che la chiesa medesima, soggiacciono alla prescrizione trentennaria. Allorquando la chiesa succede al credito di un particolare, ella deve usare dello stesso diritto che ha usato questo particolare, fintantochè il credito fu di sua pertinenza, secondo quella regola: *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet*.

Il tempo della prescrizione non deve dunque ricevere aumento che in proporzione del tempo che rimaneva a decorrere quando la chiesa è succeduta nei crediti del predetto particolare. Egli è perciò che si aggiungono dieci anni al tempo della prescrizione ordinaria di trent'anni, che è il terzo di più del tempo della prescrizione, quando questa ha incominciato a decorrere contro la chiesa. Allo stesso modo quando essa ha incominciato a decorrere contro un particolare, nei cui diritti è succeduta la chiesa, si deve aggiungere al tempo della prescrizione il terzo di più del tempo che rimaneva a decorrere quando la chiesa è

succe-

succeduta nei diritti di questo particolare. Se, per esempio, fossero di già scorsi quindici anni contro il particolare dacchè il tempo della prescrizione ha incominciato a decorrere, non sarebbe necessario di aggiungere dieci anni ai quindici che rimanevano a correre, ma solamente cinque anni, terzo de' quindici che rimanevano, e la prescrizione sarà compiuta al termine di trentacinque anni.

Vice versa, quando un particolare ha acquistato un credito dalla chiesa, il particolare deve godere, riguardo al passato, del privilegio della stessa chiesa, quanto alla prescrizione di quarant' anni; ed il tempo della prescrizione non deve essere ridotto alla prescrizione di trent' anni se non che per l' avvenire. Per esempio, se fossero scorsi vent' anni contro la chiesa allorchè il particolare acquistò dalla stessa, il tempo di vent' anni non formando che la sola metà di quello che si richiede a prescrivere contro la chiesa, sarebbe d'uopo per compiere la prescrizione dell' altra metà del tempo, non già di quello che è necessario a prescrivere contro la chiesa, ma di

quello che è necessario a prescrivere contro i particolari; vale a dire che si richiederebbero ancora quindici anni. Il tempo della prescrizione contro i particolari essendo minore di un quarto di quello della prescrizione contro la chiesa, allorquando un particolare le succede, si deve sottrarre il quarto del tempo, che rimarrebbe a decorrere contro la chiesa, se il credito avesse sempre continuato ad appartenerle. Egli è perciò, che nel caso proposto noi abbiamo sottratti cinque anni dal tempo di venti che rimanevano a correre contro la chiesa, quando il particolare è a lei succeduto.

(I beni che la chiesa possede oggi giorno, si reputano fondi nazionali, e vengono amministrati come tali. Sono dunque soggetti alla stessa prescrizione, giusta l'art. 2227 del Codice civile da noi già citato.)

Le comunità laiche o secolari hanno lo stesso privilegio che ha la chiesa, nè si prescrive contro di esse che col decorso di quarant'anni; *vedi* Trouçon sopra lo statuto di Parigi; Lemaitre, ec.

§. III.

Dell' effetto della prescrizione trentennaria.

653. L' effetto della prescrizione è, che quand' essa è compiuta, il debitore contro il quale il creditore promovesse un' istanza dopo il compimento della prescrizione, può, coll' opporla al creditore, farlo dichiarare inammissibile nella sua istanza. (*Cod. civ. art.* 2262. Ciò si applica pure alla prescrizione di dieci o di vent' anni.)

654. Il creditore potrebb' egli almeno in questo caso deferire al debitore il giuramento di aver pagato? no; poichè questa prescrizione non è stabilita soltanto sulla presunzione di pagamento che risulta dal lungo tempo che è scorso; essa è stabilita ancora come una pena della negligenza del creditore. La legge avendo limitato il tempo della durata dell' azione ch' essa accorda dopo la scadenza di questo tempo, il creditore conserva bensì il suo credito, se non è stato pagato; ma egli non ha più azione; non ha più *jus persequendi in ju-*

dicio quod sibi debetur, e per conseguenza non ha più il diritto di esigere dal suo debitore il giuramento che forma parte di questo diritto d' azione.

655. La prescrizione, tanto incominciata, quanto compita contro il creditore, ha effetto contro i di lui eredi ed altri successori, sì a titolo universale, che a titolo particolare, in guisa tale che loro più non rimane, per chiedere il pagamento del credito, che il tempo che restava al creditore quand' eglino a lui son succeduti; e qualora essa siasi compiuta contro il creditore, l' eccezione medesima che aveva luogo contro di lui, dee averlo pure contro di essi. Ciò è evidente, imperciocchè essendo eglino subentrati nei diritti e ragioni del creditore, ripetendo da esso lui ogni diritto che potessero avere, non ne possono avere di più di quello ne abbia egli stesso: *nemo plus juris in alium potest transferre*, ec.

656. Vi è maggiore difficoltà riguardo alle sostituzioni. Il tempo della prescrizione che è corso avanti l' apertura della sostituzione contro l' erede, per un credito dell'eredità che fa parte dei beni compresi nella

sostituzione, può egli, dopo l'apertura della medesima essere imputato a questo sostituito? La ragione di dubitare si è, che questo sostituito non ripeta il suo diritto ai beni sostituiti, da quegli ch' era gravato di sostituzione a suo vantaggio, e contro il quale il tempo della prescrizione è decorso. Ciò non pertanto fa d' uopo decidere che la prescrizione, sì incominciata che compita contro il gravato, ha egualmente effetto contro di lui; avvegnachè sebbene il sostituito non ripeta il suo diritto dal gravato, ma dal testatore che ha fatta la sostituzione, tuttavia questo credito passa dalla persona del gravato in quella del sostituito; nè vi può passare che tale quale esso si trova, e per conseguenza prescritto in parte o intieramente, qualora lo sia stato mentre viveva il gravato. Il gravato essendo stato il vero creditore sino all'apertura della sostituzione, contro di lui doveva correre ed è corso realmente il tempo della prescrizione. Il gravato non avrebbe potuto *faciendo*, col disporre di questo credito, trasportandolo, ipotecandolo, pregiudicare al sostituito: giacchè ei non può traspor-

tarlo che tale quale esso lo ha, e per conseguenza *eum causa fideicommissi*, col peso della sostituzione; ma egli può, *non faciendo, non utendo*, lasciar perire l'azione che derivava da questo credito. Questa è la precisa disposizione della legge 70, §. *fin.* ff. *ad Trebell. Si temporalis actio in haereditate relicta fuerit, tempus quo haeres experiri ante restitutam haereditatem potuit, imputabitur ei cui restituta fuerit.* E' vero che questa legge non parla che delle azioni annali; perciocchè al tempo del giureconsulto, autore di questa legge, le azioni ordinarie non erano soggette alla prescrizione di verun lasso di tempo; ma dopo che furono assoggettate alla prescrizion di trent' anni, vi è anzi ragion di deciderlo. Questa è pure l' opinione di Riccard, *Trattato delle sostituzioni part.* 2, *cap.* 13, *n.* 93, 94 (ciò non potrebbesi applicare oggidì che nel solo caso in cui è permesso di sostituire i suoi beni a senso degli art. 1048 e seg. del Codice civile.)

657. La prescrizione sorte il suo effetto, non solo nel foro esteriore, ma lo può sortire talvolta anche nel foro della co-

scienza. Il debitore che non può ignorare di non avere pagato, non può veramente, nel foro della coscienza, ricorrere e valersi della prescrizione; ed è perciò ch' essa è chiamata *improborum praesidium*. Ma siccome la prescrizione forma una presunzione che il debito sia stato pagato, così gli eredi del debitore possono eziandio nel foro della coscienza presumere che il debito sia stato pagato, e valersi in conseguenza della prescrizione, allorchè sono nell' incertezza o non hanno un giusto motivo di credere che il debito non sia stato pagato.

§. IV.

Come s' interrompano le prescrizioni non per anco compite.

658. Il tempo della prescrizione interrompesi o col riconoscimento che il debitore fa del suo debito, o colla interpellazion giudiziaria che gli vien fatta. (*Cod. civ. art.* 2248.)

Qualunque sia l' atto con cui il debitore riconosce il suo debito, quest' atto inter-

rompe il tempo della prescrizione, sia che quest'atto sia fatto in concorso del creditore, sia che sia passato senza di lui. Per esempio, se nell'inventario de' beni del debitore il debito è compreso nel passivo, questo inventario, tuttochè non sia fatto insieme col creditore, è però sempre un atto riconoscitivo del debito, che interrompe il tempo della prescrizione.

659. Rispetto al debitore, non importa che l'atto riconoscitivo del debito sia fatto davanti notaro, o per scrittura privata; ma rispetto a que' terzi i quali avessero interesse che il credito fosse prescritto, l'atto riconoscitivo del credito, quando è fatto per scrittura privata, sarà affatto inutile al creditore, qualora esso non abbia acquistata una data anteriore al compimento del tempo della prescrizione; data che sia provata o dalla controlleria, o dalla morte di taluno di quelli che l'hanno sottoscritto: avvegnachè senza di ciò gli atti per scrittura privata non hanno data rispetto ai terzi, che dal giorno in cui sono prodotti; locchè venne stabilito ad oggetto d'impedire le frodi alle quali la facilità di antidatare potrebbe dar luogo.

660. Il riconoscimento verbale fatto dal debitore, allorchè il debito riconosciuto eccede cento e cinquanta franchi, non può essere di alcuna utilità al creditore; perciocchè, giusta l'ordinanza del 1667, ed il Codice civile, nessuno è ammissibile alla prova testimoniale di ogni cosa il cui oggetto ecceda i cento cinquanta franchi, e della quale non siasi potuto procurare una prova per iscritto. Io però sono di parere ch' egli sarebbe ammissibile a deferire al debitore il giuramento, ove egli non abbia effettivamente riconosciuto il suo debito nel tempo e modo che se gli sostiene avere egli fatto. *Nec obstat* che il creditore, compiuto il tempo della prescrizione, non possa deferire il giuramento al debitore sul pagamento, come lo abbiamo poc' anzi deciso. La differenza si è, che le parti avendo confessato che il tempo della prescrizione era compiuto, rimane certo e costante che il creditore non ha più azione, e che per conseguenza non ha più diritto di deferire il giuramento. Ma in questo caso non è confessato dalle parti che il tempo della prescrizione sia compito, e che il credito-

re non abbia più azione; questi sostiene al contrario esservi stata realmente la interruzione. E' vero che spetta a lui il provarlo; *nam incumbit onus probandi ei qui dicit et asserit*, ma *inopia probationis*, egli può sopra di questo fatto deferire il giuramento. Se il debito non eccedesse i cento e cinquanta franchi, io sono d'avviso che il creditore potrebbe essere ammesso alla prova testimoniale, cioè che il debitore abbia in tal tempo riconosciuto il debito e promesso di soddisfarlo.

661. Il pagamento delle annualità o sia interessi decorsi che fa il debitore d'una rendita, è un vero riconoscimento di questa rendita; ma come le quitanze sono contro il debitore, siffatto riconoscimento non è ordinariamente utile in verun modo al creditore che non può giustificarlo, a meno che egli non cavi dal suo debitore delle contro-quitanze, o che le quitanze non sieno state fatte davanti notaro, nè di esse rimasta alcuna minuta.

Il giornale del creditore, sul quale egli avesse registrati i pagamenti fattigli, non può servire di prova per lui di averli ri-

cevuti, perciocchè nessuno può fare da se per se stesso una prova; L. 5, Cod. *de probat.*

Se la rendita fosse dovuta ad una comunità, come ad una corporazione civica, ad una municipalità, ad una parrocchia, io credo che i conti solennemente resi, ne' quali il ricevitore si fosse incaricato dei predetti pagamenti, debbano benissimo far fede dei medesimi, e per conseguenza dell' interruzione della prescrizione; conciossiachè non sia verisimile che un ricevitore, qualora non avesse effettivamente ricevuti questi interessi decorsi, fosse stato sì stolido di porli in filza alle ricevute, e quindi obbligarsi a pagarli invece del debitore. D'altronde sia che il debitore abbia effettivamente pagati gl'interessi di questa rendita, sia che senza averli pagati il ricevitore se ne sia incaricato egli stesso come se li avesse ricevuti, e ne abbia già reso conto, nell'uno e nell'altro caso il corpo civico a cui la rendita è dovuta ha ricevuti i predetti interessi, ed è stato soddisfatto della sua rendita. Non vi può dunque esser luogo alla prescrizione, imperciocchè questa

ha luogo allora soltanto che il creditore non è stato soddisfatto, nè usò le convenienti diligenze per esserlo. Questa è la pratica del foro d'Orleans.

662. Il secondo modo con cui s'interrompe il tempo della prescrizione è l'interpellazione giudiziaria fatta al debitore. Questa interpellazione giudiziale, ove il titolo del credito sia esecutivo, si fa mediante un precetto di pagare intimato al debitore, o, quando il titolo non è esecutivo, mediante un atto di citazione che gli viene intimato. (*Cod. civ. art.* 2244 *e seg.*)

Siccome entrambi questi atti si fanno per mezzo di un usciere che è un officiale di giustizia, così l'uno e l'altro contiene una interpellazion giudiziaria.

L'uno e l'altro di questi atti interrompe il tempo della prescrizione, purchè siano muniti di tutte quelle formalità di cui simili atti debbono essere rivestiti sotto pena di nullità. Se uno di essi fosse nullo per l'omissione di qualche formalità, non potrebbe interrompere la prescrizione, giusta la regola *quod nullum est, nullum producit effectum.* (*Cod. civ. art.* 2247.)

Una citazione fatta davanti un giudice

incompetente in rigore di massima non interrompe la prescrizione. (*Cod. civ. art.* 2246.) Ciò non di meno quando la competenza è stata dubbiosa, la corte, pronunciando sull' incompetenza del giudice avanti il quale si è citato, rimette talvolta le parti davanti il giudice che deve conoscere dell' affare con questa clausola, *per procedervi nello stato medesimo in cui esse trovavansi al tempo della citazione ;* Imbert 1, 22, 7 e 8. Dumoulin *in styl. parlam. p.* 7, *art.* 102 cita un decreto del 27 luglio 1515, che rimanda con questa clausola davanti il giudice d' Angers una citazione che per errore era stata data davanti quello di Saumur.

Avvi però questa differenza tra il precetto ed il decreto a comparire, o sia citazione, che questa è soggetta a perenzione in virtù della discontinuazione della procedura sopra la citazione durante il corso di tre anni; e quando la perenzione è stata dichiarata acquisita, quest' atto di citazione è riguardato come non avvenuto, nè può più avere l'effetto d' interrompere, o per dir meglio, di aver interrotta la prescrizione. (*Cod. civ. art.* 2247.)

Al contrario il semplice precetto o sequestro intimato, non formando punto una istanza, non è soggetto alla perenzion delle istanze, e quand' anche non fosse accompagnato da verun atto, esso conserva sempre il suo effetto d' interrompere il tempo della prescrizione, e perpetua l' azione del creditore pel corso di trent' anni dal giorno della sua data.

663. Essendovi più debitori solidarj, il riconoscimento d' uno di essi, o l' interpellazione giudiziale fatta a un di loro, interrompe la prescrizione riguardo a tutti gli altri. Questo è ciò che Giustiniano decide nella legge fin. Cod. *de duobus reis*, come noi lo abbiamo veduto *supra*, n.° 272. (*Cod. civ. art.* 2249)

Non avviene lo stesso allorchè esistono più eredi del medesimo debitore. Il riconoscimento che fa uno di essi del debito, o l' interpellazione fatta ad uno di essi, non interrompe il tempo della prescrizione che per quella parte di cui egli è personalmente debitore, e non impedisce la prescrizione della parte dovuta dall' altro erede, il quale non ha riconosciuto il debito, nè è stato

giudizialmente interpellato ; imperciocchè un debito potendosi estinguere in parte, può ancora in parte esser prescritto.

Ciò avviene ancorchè il debito fosse ipotecario, al quale tutti gli eredi fossero ipotecariamente tenuti per il totale: imperciocchè ciaschedano di questi eredi non essendo personalmente obbligato al debito che per la sua parte, quantunque ne sia tenuto ipotecariamente per il totale, il creditore, in forza della interpellazione da lui fatta ad uno de' detti eredi, non ha usato del suo diritto di azione personale che per la parte a cui il detto erede interpellato era tenuto riguardo al debito ; nè ha usato del suo diritto d'ipoteca che sopra la parte de' beni toccati a questo erede interpellato; ma egli non ha fatto uso del suo diritto d' azione personale per quelle parti alle quali gli altri eredi non interpellati erano tenuti, nè del suo diritto d'ipoteca sulla parte de' beni toccati a' detti eredi non interpellati : per conseguenza la prescrizione è acquisita a' predetti eredi non interpellati, tanto contra l'azion personale che il creditore aveva contro di essi per le quote parti,

a cui erano individualmente obbligati per detto debito, quanto contro l'ipoteca che egli aveva sulla porzione dei beni che loro è pervenuta.

Si farà forse da taluno la seguente obbiezione: perchè, dirassi, l' interpellazione che io fo ad uno de' detentori di beni ipotecati al mio credito, non interrompe ella il tempo della prescrizione contro gli altri detentori di beni ipotecati al medesimo credito, nella stessa guisa che l'interpellazione giudiziale fatta ad uno de' debitori solidarj interrompe il tempo della prescrizione del mio credito contro gli altri debitori solidarj? La risposta è che il diritto di credito personale che io ho contro più debitori solidarj, è un solo e medesimo diritto personale, che risiede nella mia persona. Egli è perciò che interpellando uno dei debitori, fo uso del mio diritto per il totale, ed interrompo il tempo della prescrizione, non solamente contro il debitore da me interpellato, ma eziandio contro gli altri. Conciossiachè il diritto che io ho contro d' essi non essendo un diritto diverso, ma essendo precisamente lo stesso che quello che io

io ho contro colui che ho interpellato, usando per il totale del diritto che ho contro lui, ho usato di quello che ho contro di essi. Al contrario i diritti d'ipoteca che io ho nei diversi beni ipotecati al mio credito, sono diritti *reali*; diritti per conseguenza che risiedono nelle diverse cose nelle quali io ho i predetti diritti d'ipoteca, e che sono per conseguenza tanto distinti gli uni dagli altri, quanto le cose, nelle quali questi diritti risiedono, sono distinte le une dalle altre. Per esempio, quando la casa A e la casa B mi vengono ipotecate per un certo credito, il diritto d'ipoteca che io acquisto nella casa A, è un diritto tanto diverso da quello che io ho nella casa B, quanto la casa A è differente dalla casa B. Allorchè per un'azione ipotecaria che io intento contro il possessore della casa A, io uso del diritto d'ipoteca che ho in questa casa, non però di quello che ho nella casa B; e quindi cotesta azione non può interrompere la prescrizione dell'ipoteca che io ho nella casa B. Secondo questi principj l'azione ipotecaria che io promuovo contro uno degli eredi del mio debitore, non

interrompe la prescrizione che di quei soli diritti d'ipoteca che io ho nella quota dei beni che spetta a questo erede nell' eredità del mio debitore; ma essa non interrompe la prescrizione di quei diritti d'ipoteca che io ho nelle quote che spettano agli altri eredi.

Quando il debito è di una cosa indivisibile, come sarebbe un diritto di servitù prediale, cadaun degli eredi essendo in tal caso debitore personale riguardo al totale, l'interruzione della prescrizione rispetto ad uno, deve interromperla riguardo all' altro: *secus*, allorchè la cosa dovuta è suscettibile di parti almeno intellettuali. (*Cod. civ. art.* 2249.)

L'interpellazione giudiziale fatta ad uno de' debitori solidarj interrompe la prescrizione, non solo contro gli altri debitori solidarj, ma eziandio contro i loro eredi; e ciò ben a ragione.

Parimenti l'interpellazione giudiziale fatta a tutti gli eredi d'uno de' debitori solidarj interrompe la prescrizione contro tutti gli altri. (*Cod. civ. ibid.*)

Ma l' interpellazione giudiziale fatta ad

uno degli eredi di un debitore solidario di un debito divisibile, non interrompe la prescrizione contro gli altri debitori solidarj che per quella parte di debito, cui è obbligato questo erede interpellato. *Puta*, se io avessi due debitori solidarj, l'uno dei quali avesse lasciato quattro eredi, l'interpellazione fatta ad uno di questi eredi non interrompe la prescrizione contro l'altro debitor solidario se non che per la quarta parte del debito cui era obbligato l'erede interpellato: poichè interpellando questo erede, obbligato soltanto ad un quarto del debito, io non ho usato del mio diritto che per questa quarta parte soltanto; per conseguenza la prescrizione è acquisita quanto al di più all'altro condebitor solidario; ed è intieramente acquisita ai coeredi di quegli che è stato interpellato, non avendo usato del mio diritto e della mia azione per le porzioni alle quali ciascheduno di essi era obbligato. (*Cod. civ. ibid.*)

664. E' una quistione controversa fra gli autori, se l'interpellazione giudiziale fatta al debitor principale, o la ricognizione del debito da lui fatta, interrompa la prescri-

zione contro i suoi fidejussori. Brunemano; *ad leg. fin. Cod. de duobus reis*, ed i dottori da lui citati, e tra i moderni, Catelan, sostengono l' affermativa. Essi pretendono che la stessa ragione che indusse Giustiniano a così decidere riguardo ai condebitori solidarj, trovasi militare riguardo ai fidejussori. Questa ragione è, che il credito di un creditore contro parecchi debitori solidarj, essendo un solo e medesimo credito, quand'egli ha interpellato giudizialmente uno di essi, quelli che non furono interpellati non possono dire a questo creditore ch'egli non ha usato del credito che ha contro di essi, poichè quello che egli ha contro di loro è il medesimo che quello di cui ha usato interpellando uno di essi. Ora, dicono questi autori, la stessa ragione milita riguardo ai fidejussori. Il credito che il creditore ha contro di loro è quello ch' egli ha contro il debitor principale, alla cui obbligazione il fidejussore non ha fatto altro che accedere; oud'è che il creditore, usando del credito ch'egli ha contro il debitor principale mediante l'interpellazione giudiziale da lui fattagli,

ha usato del credito ch'egli ha contro i fidejussori, poichè è il medesimo. Aggiungesi che se Giustiniano non ha parlato dei fidejussori, ciò avvenne perchè eglino sono, riguardo a tal punto, compresi sotto il vocabolo di *correi*, perchè sono *rei ejusdem obligationis*; condebitori del condebitor principale; non già, a dir vero, *condebitori principali*, ma condebitori accessorj della medesima obbligazione.

Duperier e gli autori da lui citati sostengono la negativa. Essi dicono esservi una grande differenza tra i fidejussori ed i condebitori solidarj. Quando io ho venduto una cosa a più compratori che si sono tra loro solidariamente obbligati verso di me al pagamento del prezzo, il credito che io ho contro ciascuno di quei condebitori solidarj è un solo e medesimo credito, che deriva dalla medesima fonte, e donde ne nasce una sola e medesima azione, che è l'azione *ex vendito* che io ho contro ciascheduno di essi. Dal che ne segue che usando del mio credito mediante l'interpellazion giudiziale che io fo ad uno di loro, io uso del credito che ho contro tutti

gli altri condebitori da me non interpellati, avvegnachè desso sia il medesimo credito che io ho contro tutti. Non è lo stesso, dicon'essi, del debitor principale e de' suoi fidejussori. Il credito che io ho contro il debitor principale, e quello che io ho contro i fidejussori, sono bensì i crediti d'una sola e medesima cosa, per cui il pagamento reale o fittizio dell'uno paga gli altri. Ma sebbene questi crediti siano d'una sola e medesima cosa, non lasciano però d'essere crediti distinti gli uni dagli altri, che nascono da differenti contratti e che producono diverse azioni. Per esempio, quando io ho venduta una cosa a taluno pel prezzo d'una determinata somma, per la quale mi ha data cauzione, il credito che io ho contro il compratore e quello che ho contro il fidejussore, sono veramente crediti d'una sola e medesima cosa; non lasciano però d'essere crediti distinti l'uno dall'altro. Quello che io ho contro il debitor principale è un credito che risulta da un contratto di vendita, e da cui nasce l'azione *ex vendito*: quello che io ho contro il fidejussore è un credito che emerge

dalla fidejussione, che mi ha assoggettata. Questa fidejussione è un patto diverso dal contratto di vendita, da cui nasce un'azion differente, che è l'azione *ex stipulatu*. Questi crediti essendo tra loro distinti, allorchè il creditore ha usato del suo credito contro il compratore debitor principale, mediante l'interpellazion giudiziale che gli ha fatta, non si può dire ch'egli abbia usato del credito che aveva contro il fidejussore, e per conseguenza siffatta interpellazione non interrompe la prescrizione del debito del fidejussore. I prelodati autori traggono argomento dalla legge fin. Cod. *de duob. reis*. Questa legge, decidendo che la ricognizione d'uno de' debitori, o l'interpellazione che gli vien fatta, interrompe contro tutti gli altri la prescrizione, ne adduce la seguente ragione: *quum ex una stirpe, unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit*. Ora, dicono essi, i fidejussori non si trovano nei termini della legge; giacchè i fidejussori, tuttochè debitori della medesima cosa come il debitor principale, sono però debitori in virtù d'un altro contratto;

e l'azione che ha il creditore contro di essi, è differente da quella ch' egli ha contro il debitor principale.

Si può replicare che la fidejussione è un contratto puramente accessorio. I fidejussori non fanno altra cosa che accedere con questo contratto al debito del debitor principale. Questo contratto non forma propriamente un nuovo credito, non fa che dare al creditore dei nuovi debitori che accedono al debito del debitor principale. Il credito che il creditore ha contro di essi è lo stesso credito ch' egli ha contro il debitor principale. Quanto a ciò che si oppone, che secondo il diritto romano il creditore aveva contro i fidejussori un' azione *ex stipulatu*, che è ben diversa da quella ch' egli aveva contro il debitor principale, io rispondo che non bisogna inferirne che il credito contro i fidejussori fosse un credito differente da quello contro il debitor principale.

La stipulazione da cui nasceva l' azione *ex stipulatu*, non era in se stessa un titolo di credito, ma piuttosto il rinvigorimento; questo non era che un atto corroborativo

delle diverse convenzioni alle quali la si faceva intervenire. La stipulazione colla quale si contraeva la fidejussione, non formava dunque un nuovo credito; essa non faceva che corroborare il credito che aveva già il creditore, e vi faceva accedere i fidejussori.

(Il Codice civile ha deciso che l'interpellazione fatta al debitor principale od il di lui riconoscimento, interrompa la prescrizione contro il fidejussore. Art. 2250.)

§. V.

Come si sanino le prescrizioni compite.

665. La prescrizione, benchè compita, si sana quando il debitore ha riconosciuto il suo debito, ancorchè ciò avvenga dopo il compimento della prescrizione. Questo riconoscimento gl' impedisce di poter opporre al creditore l' eccezione che risultasse dal compimento del tempo della prescrizione, e per conseguenza la sana e l' annulla. (*Cod. civ. art.* 2248.)

Grande è il divario che passa tra il ri-

conoscimento che fassi dopo essere compiuto il tempo della prescrizione, ad effetto di sanare la prescrizione medesima, e quello che si fa prima che detto tempo si compia, a solo fine d'interrompere la prescrizione. Il secondo può farsi non solamente dal debitore medesimo, ma eziandio da un tutore, curatore, o procuratore generale di questo debitore. Esso può farsi dallo stesso debitore, quantunque minore, senza ch'egli possa essere restituito in intiero.

Al contrario il riconoscimento che si facesse del debito dopo che il tempo della prescrizione fosse compito, ad effetto di sanare il debito, non potrebbe farsi che dallo stesso debitore; e bisogna ch' ei sia maggiorenne, senza di che lo si dovrebbe restituire in intiero contro siffatto riconoscimento, il quale non potrebbe farsi neppur da un tutore, da un curatore, da un procuratore, che non avesse un mandato speciale *ad hoc*, ma solamente generale. La ragione è, che questo riconoscimento che fassi dopo il tempo della prescrizione compiuto ad effetto di ripararla, contiene un'a-

lienazione gratuita del diritto di eccezione che è acquisito al debitore pel compimento del tempo della prescrizione. Ora un' alienazione gratuita di un diritto acquisito eccede il poter di un tutore, di un curatore, di un procurator generale. (*Cod. civ. art.* 2222,)

Emerge dallo stesso principio un' altra differenza tra il riconoscimento seguito dopo il tempo della prescrizione compito, e quello fatto in avanti. Questo interrompe il tempo della prescrizione pro e contra tutti; laddovechè il riconoscimento di un debito fatto dopo il tempo della prescrizione compiuto, non sana la prescrizione che contro il debitore che ha riconosciuto e contro i suoi eredi; ma esso non la sana contro i condebitori solidarj di quegli che ha riconosciuto, nè contro i suoi fidejussori, nè contro i terzi detentori che avessero acquistati, prima di questo riconoscimento, dei fondi ipotecati al debito, nè contro dei creditori frapposti. Perciocchè il diritto che emerge dalla prescrizione contro il debito, acquistato che siasi una volta riguardo al compimento del tempo, il debitore che ha

posteriormente riconosciuto il suo debito; ha potuto benissimo, mediante un siffatto riconoscimento, rinunciare alla prescrizione per se e suoi eredi, ma non poteva mai rinunciarvi a pregiudizio del diritto acquisito ai terzi.

666. Se il semplice riconoscimento del debito sana e abolisce la prescrizione, a più forte ragione dir lo si deve del pagamento che si facesse del debito, compiuto il tempo della prescrizione.

Quegli che paga, sebbene dopo il tempo della prescrizione compita, è considerato pagar ciò ch'ei deve, nè può quindi ripeterlo.

Ma v'è di più: colui che paga una parte del debito contro il quale egli aveva acquistata la prescrizione, viene riputato rinunciare intieramente a questa prescrizione, anche pel soprappiù che rimane a pagarsi; *arg.* l. 7, §. *pen. et fin.* ff. *senatusc. Maced.*; a meno che egli non abbia protestato, pagando, non aver egli riconosciuto il debito che per quella somma che pagava.

Giusta siffatti principj, non vi può essere dubbio, che il pagamento cui il debitore

d' una rendita fa di alcuni interessi decorsi dal tempo della prescrizione compiuta, sana la prescrizione.

667. La condanna pronunciata contro il debitore abolisce del pari la prescrizione, quand' essa è passata in giudicato, vale a dire quando non vi è più luogo ad appellare. Il debitore, dopo siffatta condanna passata in giudicato, non è più ammissibile ad opporre la prescrizione, ancorchè avesse ommesso di opporla nell' istanza sopra la quale fu pronunciata detta condanna; imperciocchè questa condanna forma e costituisce un nuovo titolo pel creditore.

ARTICOLO III.

Della prescrizione di quarant' anni.

668. Giusta le disposizioni di parecchi statuti, nel numero de' quali trovasi pure quello d' Orleans, il debitore ipotecario, cioè quello che si è obbligato con atto davanti notaro, e suoi eredi, non possono opporre la prescrizione di trent' anni, ma soltanto quella di quaranta.

Queste disposizioni sono conformi ai principj del diritto romano, ed alla costituzione dell'Imperator Giustiniano nella legge *quum notissimi*, *Cod. de praescript. trig. vel quadr.*, che stabilisce siffatta prescrizione di quarant'anni; e pare che debbano essere osservate anche in quegli statuti che intorno a ciò non si sono spiegati. Tale è l'avviso dei commentatori dello statuto Parigino, citati da Lemaître.

Per ben intendere la ragionevolezza di siffatto diritto, e sapere perchè il debitore ipotecario non prescrive col lasso di trent' anni, come fanno gli altri debitori, fa d'uopo esaminar la natura della prescrizione trentennaria.

Cotessa prescrizione è di due specie: prescrizione contro i crediti personali, e prescrizione contro i diritti di proprietà, e gli altri diritti reali. Queste due specie di prescrizioni non debbono esser confuse: esse non si rassomigliano che nel periodo di tempo, ma diversificano sommamente nel modo col quale si acquistano.

La prescrizione contro i crediti personali si acquista dal debitore senza alcun fatto

per di lui parte, e risulta solamente dal non avere il creditore, durante il tempo dalla legge prefisso, intentata l'azione che gli dava il suo credito, e dal non averlo riconosciuto. Essa non estingue propriamente il credito, il quale non può estinguersi che in forza d'un pagamento reale o fittizio, ma estingue bensì l'azione che aveva il creditore per farsi pagare, la quale azione, prima di questa legge, non aveva alcun limite nella sua durata, ed ora viene da detta legge circoscritta alla durata di trent' anni. Cotesta azione si estingue in forza di questa legge, *non ipso jure*, ma in virtù d'una eccezione o motivo d'inammissibilità, che la legge accorda al debitore contro siffatta azione.

La seconda specie di prescrizione trentennaria è quella per cui quegli che ha posseduto pel corso di trent'anni un fondo come a lui appartenente, e come libero dai pesi e diritti da cui venne gravato, quantunque ei non produca alcun titolo e documento del suo possesso, acquista la proprietà di questo fondo, e l'affrancazione da tutt' i pesi e diritti di cui era gravato.

Laddove la prima specie di prescrizione si acquista col solo non uso del creditore contro cui si prescrive, senza alcun fatto per parte del debitore che prescrive; al contrario questa si acquista pel fatto del possesso del possessore che prescrive.

Il debitore che aveva egli stesso ipotecato il suo fondo, non poteva acquistare l' affrancazione del diritto d' ipoteca con questa specie di prescrizione, avvegnachè non si poteva credere che egli avesse posseduto un tal fondo come libero da un diritto d'ipoteca che aveva egli medesimo costituito. L'erede del debitore neppur egli il poteva, secondo quella regola: *haeres succedit in virtutes et vitia possessionis defuncti.* Leg. 11, *Cod. de acq. possess.*, mercecchè il possesso dell' erede viene considerato come quello del defunto. Egli è perciò, che sebbene il debitore o i di lui eredi avessero acquistata, per mezzo della prima specie di prescrizione trentennaria, un' eccezione contro l'azione personale del creditore, eglino rimarrebbero in ogni caso soggetti all' azione ipotecaria di questo medesimo creditore. Il fondo rimanendo sempre

pre vincolato al debito, che sebbene prescritto e spoglio d'azione, tuttavia sussisteva come debito naturale, e serviva di un fondamento bastante all'ipoteca; leg. 5, ff. *de pign. et hypoth.*

Quantunque l'imperatore Anastasio, colla legge 4, Cod. *de praescript. trigint.*, avesse introdotta la prescrizione di quarant' anni contro qualsivoglia azione che non fosse soggetta a quella di trenta, nondimeno credevasi che ella non potesse estendersi all'azione ipotecaria del creditore contro il debitore, per le ragioni da noi sopra addotte.

Finalmente Giustiniano estese, come abbiam detto, la prescrizione di quarant'anni all' azione ipotecaria del creditore contro il debitore e l' erede di questi: ecco la disposizione della legge *quum notissimi.*

669. Se il debitore personalmente ed ipotecariamente obbligato, avesse venduto il fondo ad un terzo, questo terzo, che nella prescrizione di trent'anni, cui egli opponesse, volesse comprendere il tempo del di lui autore che era personalmente obbligato, dovrebbe aggiungere ai trent'anni un terzo di più di quel numero d'anni che

avrebbe durato il tempo della prescrizione del predetto suo autore; imperocchè il di lui autore non potendo prescrivere che col decorso di un tempo più lungo di un terzo di quello di trent'anni, egli non può, in testa del suo autore, prescrivere per un tempo minore, giusta la regola, *qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

670. La disposizione della legge, *quum notissimi*, non è stata adottata che a riguardo delle ipoteche che emergono dalle obbligazioni contenute negli atti fatti davanti notaro. I debitori condannati da sentenza prescrivono col lasso ordinario di trent'anni, sebbene l'ordinanza di Moulins abbia accordata ipoteca alle sentenze; conciossiachè la legge accordi questa ipoteca piuttosto all' azione personale *ex judicato*, che al credito sul quale è intervenuta la condanna. Per la qual cosa essa si estingue colla prescrizione di trent'anni, la quale estingue parimenti l'azione personale *ex judicato.*

Lo stesso dicasi di tutte le ipoteche legali; esse si estinguono allorchè l'azione personale si estingue.

671. Il medesimo avviene riguardo all' azione personale reale per le annualità di

rendita fondiaria, pei lucri feudali, pei diritti di retratto, ed altre simili cause. Cotesta azione è soggetta alla prescrizione ordinaria di trent'anni. *Vedi i commentatori dello statuto di Parigi.*

(Oggidì non vi è più altra sorte di prescrizione per gl'immobili, ed altri diritti reali e personali, che quella di trent'anni, e quella di dieci o di vent'anni, a norma delle circostanze.)

ARTICOLO IV.

Delle prescrizioni particolari contro le azioni (1) *de' mercanti, artigiani ed altre persone.*

672. (Oltre le prescrizioni di cui si è parlato negli articoli precedenti, e che sono le principali, avvenne una quantità d'altre, delle quali si fa menzione in varj articoli

---

(1) Quello che qui dice Pothier riguardo a simili prescrizioni, è oggidì sì incompleto, che è stato d'uopo di sostituirvi le disposizioni che il Codice civile contiene a questo riguardo.

del Codice civile, che fissano il tempo col lasso del quale si acquistano. (*Cod. civ. art.* 2264.)

Ve ne sono altresì alcune cui la necessità del commercio giornaliero aveva fatto introdurre dalle nostre antiche ordinanze. Esse erano pressochè generalmente seguite in Francia, a riserva di qualche piccola variazione. Sono state intieramente adottate dal Codice civile, che le ha pienamente uniformate. Eccone il dettaglio.

Un' ordinanza di Luigi XII, dell'anno 1510, portava: « che i mercatanti di panno, gli » speziali, i fornaj, pasticieri, ferraj, cal» zettaj, sarti, calzolaj, sellaj, macellaj, e » tutti coloro che smerciassero i loro ge» neri al minuto, sarebbero tenuti a chie» dere entro sei mesi il pagamento di quei » generi e merci che avessero sommini» strato nei precedenti sei mesi, quando » anco avessero continuate le loro sommi» nistrazioni. »

Lo statuto di Parigi, adottando le disposizioni di quest'ordinanza, vi aveva introdotte delle distinzioni. Esso non accordava che sei mesi ai mercanti, ed altri venditori

di merci e derrate al minuto, come fornaj, trattori, pasticcieri, maniscalchi, cucinieri, e simili.

Ma esso accordava un anno ai medici, chirurgi e speziali, egualmente che ai mercanti di panni, merciaj, droghieri, orefici ed altri esercenti arti e mestieri grossolani, come i muratori, falegnami, barbieri, servitori, agricoltori, ed altri mercenarj. (*Statuto di Parigi*, art. 126 e seg.)

Questa distinzione venne adottata quasi senza veruna difficoltà nell'ordinanza di commercio del 1673.

Sopra così fatte disposizioni dello statuto di Parigi e dell' ordinanza del 1673, pensarono i compilatori del Codice, che non vi erano motivi sufficienti per non collocare nella medesima classe tutti i mercanti, a causa delle merci che essi vendono ai particolari non mercatanti. (*Processo verbale del consiglio di stato*, tom. 5, pag. 277.)

In conseguenza di ciò si è determinato di assoggettare egualmente alla prescrizione d' un anno tutti i mercanti per le merci che vendono ai particolari non mercanti. (*Cod. civ. art.* 2271 *e seg.*)

Si sono eccettuati soltanto gli osti ed i trattori a motivo dell'alloggio e cibarie che somministrano, avvegnachè sia notorio che il pagamento di tali oggetti ben di rado si differisce.

Si è limitata la loro azione a sei mesi, e per somiglianti rifl ssi si è fissata al medesimo tempo l'azione de' maestri ed institutori di scienze ed arti per le lezioni che danno mensualmente; quella degli operaj e de' giornalieri per il pagamento delle loro giornate, somministrazioni e salarj (*Cod. civ. art.* 1271.)

Ma si è conservata la prescrizione di un anno contro i medici, chirurgi e speziali per le loro visite, operazioni e medicinali, come pure riguardo a quelli che tengono case di convitto per il prezzo della pensione de' loro convittori, e agli altri maestri per il prezzo dell' istruzione.

Si è pur conservato riguardo ai domestici l' uso il più generale, secondo il quale l'azione per il pagamento del loro salario viene prescritta col decorso di un anno, ove siano stati stipendiati ad anno. Gli altri sono nella classe de' giornalieri, l' azione

de' quali prescrivesi col lasso di sei mesi. (*Cod. civ. art.* 2272.)

Quanto agli ufficiali ministeriali, il tempo che deve durare l'azione tanto a favore che contro di essi, dipende dall'indole delle loro funzioni.

Varia non poco era l'antica pratica sulla durata dell'azione de' patrocinatori contro i loro clienti pel pagamento delle loro spese ed onorarj.

Un decreto del parlamento di Parigi del 28 marzo 1692 aveva determinato che i patrocinatori non potessero pretendere il pagamento delle loro spese, onorarj e sedute che due anni dopo la loro revoca, o che le parti da loro patrocinate fossero morte, tuttochè avessero continuato ad occuparsi per le medesime o pei loro eredi in altri affari.

Lo stesso decreto portava ancora che i patrocinatori non potrebbero negli affari non giudicati domandare le loro spese, salarj e sessioni per le procedure fatte al di là di sei anni immediatamente precedenti, quantunque avessero sempre continuato ad occuparvisi, a meno che non le avessero

fatte firmare o riconoscere da' loro clienti. (*Processo verbale del consiglio di stato* tom. 5, pag. 278.)

In altri paesi l'azione era più o meno lunga.

Si è creduto conciliare l'interesse delle parti con quello de' loro patrocinatori, conservando la prescrizione biennale, a contarsi dal tempo, sia della sentenza, sia della conciliazione delle parti, sia della revoca de' patrocinatori, e la prescrizione quinquennale riguardo agli affari non terminati; l'avvenimento della morte del cliente non parve un motivo sufficiente per ridurre a due anni l'azione del patrocinatore, a causa degli affari non terminati. (*Cod. civ. art.* 2273.)

Il tempo della prescrizione riguardo agli uscieri non deve essere così lungo.

Il loro ministero non è impiegato per atti moltiplicati e che si prolunghino tanto quanto quelli de' patrocinatori; è costume di pagarli più prontamente; quindi la loro azione sarà prescritta col decorso di un anno. (*Cod. civ. art.* 2273. *Processo verbale del consiglio di stato*, tom. 5, pag. 279.)

673. La prescrizione stabilita contro i patrocinatori e gli uscieri essendo fondata sulla presunzione che siano stati pagati, ne segue che si debba presumere ancora che le parti abbiano ritirate le loro carte, dopo la decisione de'loro affari.

Si è dunque ancora fissato un termine, spirato il quale, nè gli uscieri, nè i patrocinatori, nè i giudici stessi possono essere su di ciò più molestati.

Anche su questo punto variava molto l'antica pratica.

Qualche parlamento rigettava l'azione di consegnare le carte tre anni dopo che gli affari erano terminati; ma secondo il maggior numero, i patrocinatori non potevano essere perciò ricercati dopo cinque anni per le liti giudicate, e dopo dieci anni per le liti indecise; e questa prescrizione era, in favore de' loro eredi, di cinque anni, sia che le liti fossero giudicate, sia che pendessero tuttora indecise. (*Processo verbale del consiglio di stato*, tom. 5, pag. 280.)

Il Codice conserva la prescrizione di cinque anni dopo la decisione delle liti. (*Cod. civ. art.* 2276.)

674. Avvi un' altra prescrizione stabilita nel diritto francese concernente le annualità delle rendite. Essa non è soltanto fondata sulla presunzione di pagamento, ma eziandio sopra un riflesso d' ordine pubblico, indicato nell' ordinanza di Luigi XII nel 1510; si è voluto impedire che i debitori non fossero ridotti alla indigenza per le annualità accumulate. L' azione per domandare queste annualità dopo un quinquennio, è stata interdetta.

Non vi fu questione in questa legge che delle rendite costituite, ch' erano allora in grand' uso.

Una legge del 20 agosto 1792 estese questa prescrizione alle annualità dei censi, canoni, e rendite fondiarie.

La rovina del debitore sarebbe anco più celere, se la prescrizione non si estendesse alle annualità delle rendite vitalizie; e gli autori ed i tribunali non furono mai d' accordo sul punto di sapere se queste annualità fossero o no prescrivibili con un lasso di tempo minor di trent' anni.

Il timore della rovina dei debitori essendo il motivo che si ebbe di abbreviare il

tempo ordinario della prescrizione, non si deve eccettuare alcun di que' casi ai quali si applica questo motivo.

Si è, in conseguenza di ciò, estesa la prescrizione di cinque anni alle pigioni di casa, ai fitti dei fondi rustici, e generalmente a tutto ciò che è pagabile ad anno, o a termini periodici più brevi. (*Cod. civ. art.* 2277. *Processo verbale del consiglio di stato*, t. 5, pag. 280.)

Dopo dieci anni, l'architetto e gl'intraprenditori vengono liberati dalla garanzia delle opere in grande che hanno fatte o dirette. (*Cod. civ. art.* 2270.)

375. Per ciò che concerne i mobili, si ritiene come regola generale, che il possesso produce l'effetto stesso del titolo.

Contuttociò questo titolo non è già tale, che in caso di furto o di perdita d'una cosa mobiliare quegli al quale la si fosse rubata, o che l'avesse perduta, non abbia alcuna azione contro colui che la possede.

La durata di questa azione è stata fissata a tre anni; lo stesso spazio di tempo fissato a Roma da Giustiniano, è quello pure che in Francia era generalmente richiesto.

Se il dirtto dell'antico proprietario è riconosciuto, la cosa perduta o rubata deve essergli restituita: il possessore ha il suo regresso contro colui dal quale l'ha avuta; ma se questo possessore poteva averla comperata sulla pubblica fede, sia in una fiera, sia in un mercato, sia in un pubblico incanto, sia da un mercante solito a smerciare simili cose, l'interesse del commercio esige che quegli il quale possede a tal titolo, non possa essere evizionato senza indennizzazione. Quindi l'antico proprietario non può in questi casi farsi restituire la cosa rubata o perduta se non che rimborsando il possessore del prezzò che gli è costata. (*Cod. civ. art.* 2279.)

Se si trattasse di una universalità di mobili, tale quale essa perviene ad un' erede, il titolo universale conservasi per le azioni che gli sono proprie. (*Processo verbale del consiglio di stato*, t. 5, pag. 281 e seg.)

§. I.

In quali casi queste prescrizioni non abbiano luogo.

676. Le prescrizioni di cui abbiamo parlato non hanno luogo, 1.° allorchè il credito è provato da qualche atto per iscritto, sia davanti notaro, sia per scrittura privata, come sarebbe un'obbligazione del debitore per atto davanti notaro, od una promessa per scrittura privata, o finalmente un conto approvato in calce d'una memoria contenente le somministrazioni, oppure sopra il giornale d'un mercante, approvato e sottoscritto dal debitore. Questo è il senso di que' termini dell'articolo 9 del titolo 1 dell'ordinanza del 1673: » vogliamo che il contenuto abbia luogo qualora però non vi sia stata prima della scadenza dell'anno o dei sei mesi una *liquidazione ed approvazione di conti*, una scrittura, una obbligazione od un contratto. (*Cod. civ. art.* 2274.) In questo caso il credito non è soggetto che alla prescrizion di trent'anni,

677. In secondo luogo, queste prescrizioni non hanno effetto qualora siano state interrotte da una domanda giudiziale intentata prima della scadenza del tempo della prescrizione; domanda che non sia posteriormente caduta in perenzione: locchè è comune a tutte le prescrizioni. (*Cod. civ. ibid.*)

678. In terzo luogo, queste prescrizioni riguardo ai mercanti ed artigiani non sono osservate nelle giurisdizioni consolari, allorchè le somministrazioni o lavori d' un mercante od artigiano sono stati fatti ad un altro mercante od artigiano per ragione del suo commercio o della sua arte, e che le parti hanno tra loro dei conti aperti ed in corso sopra i loro giornali a motivo di dette somministrazioni. Sopra di ciò esiste un famoso decreto del 2 luglio 1672, inserito nel giornale del Foro. Lo statuto di Troyes, *art.* 201, ne contiene una espressa disposizione.

Per esempio, un calzolajo al quale un mercante di cuoj ha fornito del cuojo, un falegname a cui un mercante di tavole somministra del legno, non possono opporre questa prescrizione al mercante di cuoj o di tavole che presenta un giornale da cui

apparisce ch' egli si trova in conto attivo e corrente col calzolajo o col falegname.

679. In quarto luogo, queste prescrizioni non hanno effetto contro i possidenti che vendono delle derrate provenienti dalle loro terre, come il loro frumento, il loro vino, le loro legna; perocchè l'ordinanza egualmente che gli statuti non vi assoggettano che i mercatanti e bottegaj.

Devesi riguardo a ciò considerare possidente o benestante, e non mercatante, quella persona la quale, tuttochè mercatante di professione, vende le derrate provenienti dalle sue terre, e delle quali non fa commercio; come se uno speziale avesse venduto il vino della sua ricolta.

Tuttochè un cittadino benestante non sia soggetto alla prescrizione annale, nondimeno s'egli intentasse la sua domanda dopo il lasso di un tempo notabile, sebbene minor di trent' anni, contro un mercante a cui egli avesse vendute le derrate del suo podere, e che sostenesse di averle pagate, benchè non ne avesse la ricevuta, potrebbe essere della prudenza del giudice l'assol-

vere, a norma delle circostanze, il reo convenuto dalla domanda.

§. II.

Da quando, e contro di chi corrano le prescrizioni.

680. La prescrizione contro la domanda dei mercanti ed artigiani pel prezzo delle somministrazioni e lavori da essi fatti, corre dal giorno di ciascuna somministrazione, nè viene interrotta dalla continuazione di somministrazione. Ciò era prescritto dall' ordinanza di Luigi XII, la quale porta, *dopo la prima somministrazione*; dallo statuto di Parigi, che porta, *dal giorno della prima consegna;* e finalmente l'ordinanza del 1673, *art.* 9, dice espressamente che la prescrizione avrà luogo *ancorchè vi fosse continuazione di somministrazione o lavoro.*

La ragione è che il credito di questo mercante o artigiano che fece parecchie somministrazioni o lavori, è composto d'altrettanti crediti particolari quante sono le somministrazioni o lavori da lui fatti, li quali

quali producono tante azioni particolari, che cominciano tutte a decorrere dal giorno che questo mercante o artigiano ha fatta la somministrazione o il lavoro.

681. Riguardo ai medici ed ai chirurghi io sarei di opinione che non si dovesse riguardare il credito di un medico o di un chirurgo che curò un ammalato durante il corso d'una malattia, come composto di altrettanti crediti separati quante furono le operazioni del medico o del chirurgo, ma come un solo e medesimo credito, il quale è stato consumato allora soltanto che le cure del medico o del chirurgo furono terminate sia per la guarigione, sia per la morte dell'ammalato che pose fine alla sua malattia, ovvero quando il medico od il chirurgo fu congedato. Per la qual cosa io credo che la prescrizione non debba correre che dal giorno della morte del malato, allorchè questi sia morto da quella malattia, o dal giorno dell'ultima visita o dell'ultima cura, quando il malato è guarito o che il medico o chirurgo è stato congedato prima del termine della malattia.

Ma se il medico o chirurgo ha curato

taluno in diverse malattie, questi sono altrettanti crediti ed azioni differenti che debbonsi prescrivere separatamente dal giorno che ebbe termine ciascuna malattia.

682. Presso quegli statuti che non si spiegano punto sopra i servitori, vi è luogo di credere che vi si debba osservare l'ordinanza di Luigi XII, la qual porta che eglino saranno inammissibili a domandare i loro salarj dopo un anno da che saranno stati licenziati.

Gli statuti di Parigi e d'Orleans, e successivamente il Codice civile avendo assoggettata l'azione de' servitori pei loro salarj alla prescrizione d'un anno senza distinguere se si trovino ancora o no al servizio de' loro padroni, si può sostenere che la prescrizione dell'azione che ha il servitore per ciascuna rata del suo salario, debba correre dal giorno della scadenza di ciascuna rata. Per esempio, giusta un tal sentimento, se un domestico è stipendiato ad anno, egli non potrà pretendere che l'anno scaduto all'ultima rata del salario, ed il prezzo de' suoi servizj dopo l'ultima rata. Se poi è salariato a mese, egli non potrà

chiedere che il salario dei dodici ultimi mesi, e ciò che è corso dopo l'ultimo mese. (*Cod. civ. art.* 2272.)

Lo stesso si deve decidere riguardo alle pensioni, relativamente alle istruzioni dei fanciulli.

683. (La domanda de' giornalieri per le loro giornate si prescrive col lasso di sei mesi, come si è veduto più sopra.)

Questa prescrizione al pari delle precedenti è fondata sulla sola presunzione di pagamento: presumesi che queste persone le quali hanno bisogno del loro salario per vivere non aspettino lungo tempo a farsi pagare, od almeno a domandarlo.

Egli è perciò che questa prescrizione non esclude l'attore dal deferire il giuramento al convenuto, come nei casi delle prescrizioni delle quali si è più sopra parlato, nè dall' essere ammesso a provare che il convenuto ha promesso di pagare, allorchè il prezzo delle giornate non eccede i cento e cinquanta franchi.

Domandasi se la prescrizione per tutte le somme non corra che dal giorno dell' ultima giornata. Parlando a rigore sembra

che dir si dovesse che la prescrizione debba correre per il prezzo di ciascuna giornata, dal giorno che ogni mercede è finita; imperciocchè il giornaliere avendo potuto da quel tempo chiedere questa mercede, la di lui azione per il prezzo di questa mercede è stata da quel tempo aperta, e per conseguenza la prescrizione ha dovuto avere il suo corso. Ciò non di meno si può sostenere che essa non debba correre che dal giorno dell' ultima mercede, specialmente se il giornaliere fosse stato per tutto quel tempo nutrito da colui che lo prese a mercede; perciocchè ordinariamente i giornalieri non domandano i loro salarj se non che a lavoro finito.

684. Duplessis e Lemaître furono di opinione che simili prescrizioni non dovessero correre contro i minori. Quanto a me son d' avviso ch' elleno corrano tanto contro i minori che contro i maggiori, 1.° perchè i contratti donde nasce l' azione dei mercanti ed artigiani contro i quali siffatta prescrizione è stabilita, sono contratti che eglino fanno nella loro qualità di mercanti ed artigiani. Ora è un principio incontrasta-

bile, che essi contrattano come maggiori allorchè contrattano in questa qualità, e per il fatto del loro commercio e professione; onde è che non possono farsi restituire in intiero contro siffatti contratti. Debbono quindi esser soggetti alla prescrizione dell' azione che nasce da questi contratti come lo sono i maggiori. 2.° Questa prescrizione non è già stabilita come una pena della negligenza del creditore che potrebbe essere perdonata ad un minore; ma sopra una semplice presunzione di pagamento risultante dal non attendersi ordinariamente sì lungo tempo per farsi pagare di questa sorte di debiti. Ora simile presunzione milita egualmente riguardo ai minori che ai maggiori. 3.° I nostri statuti non eccettuando i minori da questa prescrizione come sono solleciti in farlo riguardo alla prescrizione trentenuaria, così noi non dobbiamo eccettuarli.

(Questa è l'opinione adottata dal Codice civile, *art.* 2278.)

§. III.

Del fondamento e dell' effetto di queste prescrizioni.

684. Queste prescrizioni sono unicamente fondate sulla presunzione del pagamento.

D' onde ne segue che il creditore non è inammissibile a segno di non poter deferire il giuramento al suo debitore, se la somma da lui richiesta sia o no dovuta. Questo è ciò che formalmente ha deciso l' ordinanza del 1673, *titolo* 1, *art.* 10. Lo statuto d' Orleans ne contiene esso pure una disposizione, art. 265. (*Cod. civ. art.* 2275.) In ciò appunto queste prescrizioni differiscono dalle altre, che essendo stabilite in forma di pena contro il creditore, lo privano intieramente dell' azione.

685. Il debitore cui viene deferito il giuramento, è obbligato a giurare che la somma richiestagli non è dovuta. Mancando egli di giurare, il giuramento è riferito all' attore, il quale dietro il suo giuramento deve ottenere una sentenza di condanna.

686. Allorquando la vedova o gli eredi di colui al quale è stata fatta la somministrazione, vengono citati, non si può obbligarli a giurare se la cosa era effettivamente dovuta o no dal debitore defunto; conciossiachè non si possa deferire il giuramento ad alcuno su ciò che non riguarda il di lui fatto; *arg. leg.* 42, *ff. de reg. jur.* Paolo ne forma una massima: *haeredi ejus cum quo contractum est, jus jurandum deferri non potest.* Paolo, *sent.* 11, 1, 4.

Ma se non possono essere obbligati a giurare precisamente che la richiesta somma non è dovuta, la succitata ordinanza ed il Codice civile vogliono almeno che si possa lor deferire il giuramento se sappiano o no che quella data somma è dovuta. Mancando essi di dare un tal giuramento, questo devesi allor deferire all'attore; anzi lo stesso Codice in ciò concorde colla predetta ordinanza esige che un tal giuramento possa essere deferito anche a' tutori dei minori eredi del defunto. (*Cod. civ. art.* 2275.)

687. Se la vedova in comunione di beni ricusasse di prestare questo giuramento,

oppure convenisse che la richiesta somma è realmente dovuta, gli eredi che offrissero di affermare per parte loro di non avere cognizione veruna che essa lo sia, dovrebbero eglino essere del pari condannati? No; poichè il debito, attesa la morte del defunto, essendo diviso tra la vedova e gli eredi, il giuramento che viene deferito alla vedova, e che dietro il di lei rifiuto di prestarlo, è riferito all'attore non riguarda che quella parte di debito che è dovuta dalla vedova: Ricusando ella di giurare, oppure riconoscendo il suo debito, non può obbligare che se stessa, non già gli eredi. Può col di lei proprio fatto far cessare la prescrizione per la parte che personalmente essa deve; ma non può farla cessare per quella che dagli eredi è dovuta.

Lo stesso avviene qualora taluno degli eredi riconosce e confessa il proprio debito; questa ricognizione non lo obbligherebbe che per quella tangente che gli compete personalmente; ma non obbligherebbe punto gli altri coeredi che prestassero il giuramento di non avere alcuna cognizione del debito contestato.

688. Il creditore non solamente ha diritto di deferire il giuramento non ostante la prescrizione; ma può altresì, quando l'oggetto della domanda non ecceda cento e cinquanta franchi, essere ammesso alla prova testimoniale, che l'attore ha offerto di pagare la somma dopo l'introdotta domanda oppure avanti la stessa, dopo il tempo che ei disse di averla pagata. La ragione si è, che quantunque l'azione che nasce dal contratto sia già prescritta, tuttavia quella che nasce dalla promessa che è stata fatta di pagare, ove sia provata, come facilmente lo può essere, è una nuova azione, la quale non è certamente prescritta.

FINE DEL VOLUME TERZO.

INDICE

DI CIO' CHE CONTIENE QUESTO TERZO VOLUME.

PARTE TERZA.

Fine dell' Indice.

POTHIER.
TRATTATO
DELLE
OBBLIGAZIO
3